Die Grenzen der einstweiligen Verfügungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

THIETMAR MÜLLER
Gerichtsassessor aus Dessau

Berichterstatter: Professor Dr. W. Hein

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz, Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14

Die Grenzen der einstweiligen Verfügungen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

THIETMAR MÜLLER
Gerichtsassessor aus Dessau

Berichterstatter: Professor Dr. W. Hein

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz, Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
und meinem Onkel
Professor Dr. Hans Weyhe

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung

§ 1. Die Stellung der einstweiligen Verfügungen im System der Zivilprozeßordnung 1
§ 2. Problemstellung 5

Teil I. Die subjektiven Grenzen der einstweiligen Verfügungen

Abschnitt I. Grenzen der Berechtigung gerichtlicher Organe zum Erlaß einstweiliger Verfügungen 7

Kapitel I. Grenzen im Hinblick auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu Verwaltungsbehörden: Die Fälle der sogenannten Berufung auf den Rechtsweg . . 7
§ 3. Die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörden bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten . 7
§ 4. Die Vorentscheidung bei Entschädigungsansprüchen 13
§ 5. Vorentscheidungen durch Verwaltungsbehörden und Schiedsgerichte bei sonstigen Rechtsstreitigkeiten 17

Kapitel II. Grenzen im Hinblick auf das Verhältnis der streitigen zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Ernennung und Abberufung von Liquidatoren 20
§ 6. Die prozessuale Zulässigkeit der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren im Wege einer einstweiligen Verfügung 20

Kapitel III.
§ 7. Die Bedeutung des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung für die Wirkung einer trotzdem im Sicherungsprozeß ergangenen Sachentscheidung . . 23

Kapitel IV.
§ 8. Grenzen der Berechtigung gerichtlicher Organe zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Schiedsgerichten 26

Abschnitt II. Grenzen des Kreises der Subjekte, gegen die sich eine einstweilige Verfügung richten darf 30

Kapitel I. Einstweilige Verfügungen gegen Dritte . . 30
§ 9. Einstweilige Verfügungen gegen Dritte, am Sicherungsprozeß unbeteiligte Personen 30
§ 10. Einstweilige Verfügungen gegen Dritte, die weder Anspruchs- noch selbständige Haftungsgegner sind 36

Kapitel II. Einstweilige Verfügungen gegen Behörden . 43
A. Grundsätze 43
§ 11. Anweisungsrecht der Prozeßgerichte gegenüber prozeßfremden Behörden 43
B. Einzelfälle 48
I. Prozeßgericht und Grundbuchamt 48
§ 12. Einstweilige Verfügungen bei Formunwirksamkeit und Nichtigkeit von Grundstückskaufverträgen (Erwerbsverbote) 48

Seite

§ 13. Einstweilige Verfügungen in sonstigen Fällen des Grundbuchverkehrs 57
II. Prozeßgericht und Nachlaßgericht, Registergericht, sowie Notar 61
§ 14. 61
Teil II. Die sachlichen Grenzen der einstweiligen Verfügungen
§ 15. Vorbemerkung 63
Abschnitt I.
§ 16. Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien 63
Abschnitt II. Die Bedeutung der Rechtsschutzinteresses für den Inhalt der einstweiligen Verüfgungen . . . 67
Kapitel I. Zulässigkeit der einstweiligen Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, sowie auf Fortsetzung einer einstweilen eingestellten Zwangsvollstreckung 67
A. Grundsätze 67
§ 17. Subsidiäre Natur der einstweiligen Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvolstreckung 67
B. Einzelfälle 70
§ 18. Einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Vorbehaltsurteilen . 70
§ 19. Einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bei sonstigen, auf endgültige Beilegung eines Rechtsstreits abzielenden Titeln 72
§ 20. Einstweilige Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Sicherungsprozesses 77
§ 21. Einstweilige Verfügungen auf Fortsetzung einer durch eine einstweilige Anordnung eingestellten Zwangsvollstreckung 80
Kapitel II.
§ 22. Erforderlichkeit der im Wege der einstweiligen Verfügungen zu treffenden Anordnungen . . 81
Abschnitt III.
§ 23. Grenzen, die sich aus der Natur des zu sichernden Rechtsverhältnisses ergeben 83
Abschnitt IV. Grenzen, die sich aus der vorläufigen Natur und dem Sicherungscharakter der einstweiligen Verfügungen für den Inhalt der zu treffenden Anordnungen ergeben . 86
Kapitel I.
§ 24. Die vorläufige Natur der einstweiligen Verfügungen und ihre grundsätzliche Bedeutung für deren Inhalt 86
Kapitel II. Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen mit irreparablen Wirkungen, sowie von einstweiligen Verfügungen mit Befriedigungswirkung 87
§ 25. Die Befugnis zur Selbsthilfe als Maßstab für die Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewähr im Sicherungsprozeß 87
§ 26. Zulässigkeit der Anordnung von einstweiligen Verfügungen mit irreparablen Wirkungen . . . 88
§ 27. Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügungen auf vorläufige Befriedigung 90
§ 28. Stellungnahme des Schrifttums zu den befriedigenden Verfügungen 98
Anhang 102
§ 29. Die einstweiligen Verfügungen des Staatsgerichtshofs 102
Literaturverzeichnis 105

EINLEITUNG.

§ 1.

Die Stellung der einstweiligen Verfügungen im System der Zivilprozeßordnung.

I. Die Zivilprozeßordnung regelt die verschiedenen Verfahrensarten, in denen Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Zivilgerichten geltend gemacht werden können. Die Verfahrensarten zerfallen in zwei Hauptgruppen, nämlich in die endgültig abschließenden und das Sicherungsverfahren (Sicherungsprozeß). Zu den endgültig abschließenden Verfahrensarten gehören sowohl das ordentliche Urteilsverfahren wie die besonderen Prozeßarten der §§ 592 ff. ZPO. Sie zielen darauf ab, durch eine Entscheidung und deren Vollzug einen Rechtsschutzanspruch endgültig durchzusetzen. Das Sicherungsverfahren soll hingegen die Gefahren beseitigen, die sich aus der langen Dauer der endgültig abschließenden Verfahrensarten ergeben. Es hat die Aufgabe, durch eine Entscheidung und deren Vollzug eine vorläufige Sicherung des Rechtsschutzanspruchs herbeizuführen. Die Entscheidung des Sicherungsprozesses ergeht auf Grund einer unvollständigen (summarischen) Sachprüfung[1]. Insofern berührt sich der Sicherungsprozeß mit dem Urkunden- und Wechsel-Prozeß. Im Schrifttum werden diese Verfahrensarten daher häufig systematisch auf eine Stufe gestellt[2]. Diese Zusammenfassung erscheint indes nicht zulässig, da beide Verfahrensarten ein völlig verschiedenes Ziel haben. Der Urkunden- und Wechselprozeß bezweckt, ebenso wie der ordentliche Prozeß, eine endgültige Klärung eines streitigen Rechtsverhältnisses. Der Umstand, daß die Entscheidung im Urkunden- und Wechselprozeß meist in Form eines Vorbehaltsurteils, also eines auflösend bedingten Urteils ergeht, berührt die Entscheidung in keiner Weise[3].

Der Sicherungsprozeß hingegen hat in keinem Falle die Aufgabe, ein streitiges Rechtsverhältnis endgültig zu klären. Dieses Ziel, die Entscheidung „in der Hauptsache", kann nur in einem endgültig abschließenden Verfahren erreicht werden (vgl. § 926).

II. Das Sicherungsverfahren.

1. Die besondere Natur des Sicherungsverfahrens.

Man faßte früher den Sicherungsprozeß dahin auf, daß es sich bei ihm um eine Zwangsvollstreckung vor Entscheidung des Rechtsstreits in der Hauptsache handele[4]. Nach der jetzt allgemein

---

[1]) Vgl. Hahn, die ges. Materialien zur ZPO. S. 387.

[2]) Vgl. insbes. Stern, Arrest und einstw. Verf. S. 8; Goldschmidt, Zivilprozeßrecht S. 319.

[3]) Vgl. §§ 599, 600; 302 ZPO.

[4]) Vgl. Güthe, Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung, ZZP Bd. 24 S. 346 ff.

anerkannten Auffassung besteht das Sicherungsverfahren — genau wie die endgültig abschließenden Verfahrensarten — aus zwei ihrer Bedeutung nach völlig verschiedenen Teilen. Der erste Teil, das Verfahren bis zur Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, wird jetzt als ein Erkenntnisverfahren (Sicherungsprozeß) angesehen, und nur im zweiten Teil, dem Vollzuge der Anordnungen, sieht man ein Verfahren im Rahmen der Zwangsvollstreckung [5]). Diese Auffassung ist zutreffend. Der erste Teil des Verfahrens, der Sicherungsprozeß, hat die Aufgabe, einen Titel für die Zwangsvollstreckung zu schaffen (vgl. §§ 928 ff., 936 ZPO). Er steht daher trotz seiner Regelung im 8. Buche der ZPO außerhalb des Zwangsvollvollstreckungsverfahrens. Dagegen ist die Vollziehung des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen ein gewöhnliches Zwangsvollstrekkungsverfahren mit geringfügigen Abweichungen.

Der Sicherungsprozeß spielt sich, wie der gewöhnliche Prozeß, in den Formen eines dreiseitigen Prozeßrechtsverhältnisses zwischen dem Staat und den beiden Parteien ab. Innerhalb des Prozeßrechtsverhältnisses besteht ein Anspruch auf Vornahme der jeweils gebotenen Rechtspflegehandlung (innerprozessualer Justizgewährungsanspruch) [6]).

Es bestehen verschiedene Auffassungen darüber, was Streitgegenstand des Sicherungsprozesses ist. Nach der von Stein und Seuffert [7]) vertretenen Auffassung entspricht der Sicherungsprozeß einem Verfahren über Prozeßvoraussetzungen. Ueber den materiellen Anspruch soll überhaupt nicht entschieden werden; das Vorhandensein dieses Anspruchs bilde lediglich eine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses. Diese Ansicht kann nicht folgerichtig durchgeführt werden. Auch wenn das Bestehen des materiellen Anspruchs nur eine Prozeßvoraussetzung wäre, müßte zunächst über das Bestehen des Anspruchs entschieden werden [8]). Die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme

---

[5]) Vgl. Hartmann S. 7; Hein, Duldung der ZV, S. 169, 177, 234; Identität Bd. I S. 167; Stein-Jonas Bd. II Anm. I 1 vor § 916 S. 934; Schulte S. 9, 15 (unter Hinweis auf § 922) Voss in Sächs. Archiv für Rechtspflege 1911 S. 169; ferner: RGZ Bd. 16 S. 367 (unter Hinweis auf § 928, 934 ZPO).

[6]) Vgl. Hein, Id. I S. 167 Anm. 11; Böhme S. 53, 56, 61; Rosenberg S. 5 ff.; Schulte S. 36 ff.; 95 ff. — Das PRV entsteht bei Anberaumung einer mündlichen Verhandlung (§ 922 ZPO) mit dem Terminbeschluß; wenn dagegen ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden werden soll (§§ 921, 922) mit der ersten aktenmäßigen Maßnahme des Gerichts (vgl. Hein, Id. I S. 167). Das PRV ist, wie das Recht zur Einlegung des Widerspruchs gegen den Beschluß, durch den eine einstweilige Verfügung angeordnet ist, zeigt, auch dann dreiseitig, wenn der Beschluß ohne Anhörung des Gegners erlassen ist (vgl. Sauer, Grundlagen S. 181).

[7]) Vgl. Stein-J. II, Vorbem. II 1 vor § 916 S. 935; Seuffert Anm. II zu § 922. Die Auffassung von Stein und Seuffert beruht auf der Lehre vom vorprozessualen (konkreten) Rechtsschutzanspruch als Recht auf günstiges Urteil. Mit Ablehnung dieser Lehre (vgl. Böhme S. 60 ff.; Schulte S. 17 ff., 43 ff.) entfällt die Grundlage für die oben wieder gegebene Auffassung vom Wesen des Sicherungsprozesses.

[8]) Vgl. Stein-Jonas Bd. I (Aufl. 1926) Vorbem. III vor § 253 ZPO. Dieser sieht sich zu der Annahme genötigt, daß die Entscheidung

würde also in sich schließen, daß das Gericht das Vorhandensein der angeblichen Prozeßvoraussetzung geprüft und bejaht hat. Da somit auch im Sicherungsprozeß eine Entscheidung über das Bestehen des Anspruchs gefällt werden muß, liegt kein Grund vor, diese Entscheidung im Widerspruch zum System des gewöhnlichen Zivilprozesses als Entscheidung über das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung und nicht als Sachentscheidung aufzufassen. Dieser Auffassung entspricht auch die vom Gesetz vorausgesetzte [9]) Anwendung der Vorschriften der ZPO über das ordentliche Erkenntnisverfahren auf den Sicherungsprozeß [10]).

Die Entscheidung über die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme stellt also eine Sachentscheidung dar. Sie ergeht über einen prozeßrechtlichen Anspruch, nämlich über das Sicherungsbegehren aus einem behaupteten und bis zu einem gewissen Grade festzustellenden Rechtsverhältnis. Damit wird im Sicherungsprozeß in Form eines Wahrscheinlichkeitsurteils über den zu sichernden materiellen Anspruch entschieden [11]). Das Verhältnis des Sicherungsprozesses zum materiellen Recht entspricht dem Verhältnis des gewöhnlichen Prozesses zum materiellen Recht. Der materiell-rechtliche Tatbestand ist im Prozeß darzutun [12]). Lediglich der Grad der Beweisführung ist im ordentlichen und im Sicherungsprozeß verschieden, da im Sicherungsprozeß an die Stelle des Ueberzeugungsbeweises der Wahrscheinlichkeitsbeweis tritt.

2. Zweck und Arten des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen.

Mit dem Sicherungsprozeß wird entweder die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung erstrebt. Grundlage für die Anordnung eines Arrestes bilden die §§ 916 ff. ZPO; einstweilige Verfügungen können entweder nach § 935 ZPO oder nach § 940 ZPO erlassen werden. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen sind im Gesetz in folgender Weise abgegrenzt:

a) Der Arrest dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen wegen einer Geldforderung [13]).

b) Die einstweiligen Verfügungen zerfallen in zwei Unterarten, die einstweiligen Verfügungen nach § 935 und die einstweiligen Verfügungen nach § 940 ZPO [14]).

aa) Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO ergehen in Beziehung auf den Streitgegenstand, also in Bezug auf das Anspruchsverhältnis oder das selbständige Haftungsverhältnis. Ihr Ziel ist Sicherstellung der Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs der Partei.

über die Voraussetzungen der Sicherung eine Prüfung des zu sichernden Anspruchs nach materiellem Recht erforderlich mache. Insofern soll das Prozeßrecht eine Zurückverweisung auf das materielle Recht enthalten.

[9]) Vgl. §§ 922, 300, 545 Abs. 2; 934 Abs. 4 ZPO.
[10]) Schulte S. 76.
[11]) Vgl. hierzu Schulte S. 16 ff., 23 f., 60 ff., 71 ff.
[12]) Vgl. Böhme S. 44 ff.; Hein, Duldung S. 52.
[13]) Vgl. Hartmann S. 6 ff.
[14]) Vgl. Hartmann a. a. O., insbesondere S. 15 f.

Der Zweck der einstweiligen Verfügungen nach § 935 besteht somit im Schutz der Zwangsvollstreckung durch Sicherung des Streitgegenstandes als solchem. Eine solche Sicherung des Streitgegenstandes als solchen ist nur denkbar, wenn der Streitgegenstand von dem Zugriff auf Grund der ordentlichen Zwangsvollstreckung erfaßt werden kann. Mit Ausnahme der auf eine Geldleistung gerichteten Ansprüche ist dies bei allen Ansprüchen möglich. Somit haben die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO den Zweck, einen Nichtgeldanspruch zu schützen. Sie dienen der Sicherung der nicht auf Geldleistung gerichteten Vermögensansprüche und dem Schutze der Verhaltensansprüche [15]).

Weiterhin wird der Zweck der einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO dadurch eingeschränkt, daß die Gefahr für die Zwangsvollstreckung ihren Grund in der Besorgnis einer Veränderung des bestehenden Zustandes haben muß. Eine einstweilige Verfügung nach § 935 kommt also nur in Betracht, wenn zu befürchten ist, daß ein neues tatsächliches Moment auf den bestehenden Zustand einwirkt und die Verwirklichung des Anspruches zu vereiteln droht. Das ist nicht der Fall, wenn die Besorgnis der Anspruchsvereitelung ihren Grund lediglich im Zeitablauf hat [16]).

bb) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940 dienen zur vorläufigen Herstellung eines Friedenszustandes zwischen zwei Parteien. Sie können sowohl im Hinblick auf einen Geld- wie auf einen Nichtgeldanspruch ergehen, denn die Herstellung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ist auch in der Weise möglich, daß der Streitgegenstand selbst von der Regelung nicht erfaßt wird [17]). Nicht vorausgesetzt wird in § 940 ZPO, daß ein Eingreifen des Staates durch die Besorgnis der Veränderung des bestehenden Zustandes erforderlich wird. Nach § 940 ZPO können somit einstweilige Verfügungen zum Schutze der Anspruchsverwirklichung erlassen werden, wenn die Gefahr der Vereitelung der Anspruchsverwirklichung ihren Grund nicht in einer Veränderung des bestehenden Zustandes hat [18]).

3. Grenzen der einstweiligen Verfügungen.

Es wird im folgenden zu untersuchen sein, welche Grenze sich für den Sicherungsprozeß aus dessen besonderer Natur ergeben. Die rechtliche Regelung des Verfahrens ist hierbei nur insoweit zu berücksichtigen, als sie für die Lösung von Grenzproblemen entscheidend ist. Auf die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen ist ebenfalls nur insoweit einzugehen, als sie Grenzfragen ergeben, die noch nicht genügend geklärt sind.

---

[15]) Vgl. Hartmann S. 17.

[16]) Vgl. Hartmann S. 32 ff. Beispiel: A hat von B ein Fenster für den Tag gemietet, an dem der Reichspräsident am Hause des B vorbeikommt. B weigert sich, an dem betr. Tage A den Gebrauch des Fensters zu überlassen.

[17]) Vgl. Hartmann S. 42 ff, Hellwig-Oertmann S. 454.

[18]) Vgl. Hartmann S. 34; S. 42 ff.

§ 2.

Problemstellung.

Die Erörterung der Grenzprobleme wird unter folgenden Gesichtspunkten erfolgen:

I. Zunächst sind die Grenzen zu untersuchen, die im Hinblick auf die Subjekte des Prozeßrechtsverhältnisses bestehen.

1. Der Staat ist das eine Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses. Er wird tätig durch seine Organe (Zivilgerichte, Verwaltungsgerichte usw.). Es ist zu erörtern, vor welchen Organen ein Sicherungsprozeß stattfinden kann, und welches Organ tätig zu werden hat; ferner welche Wirkungen die Tätigkeit insbesondere die Entscheidung eines falschen Organes hat. Das Verhältnis von Organen der gleichen Art, insbesondere der Zivilgerichte zueinander, soll hierbei außer Betracht bleiben. Demnach ergeben sich Grenzfragen für den Sicherungsprozeß:

a) Im Hinblick auf das Verhältnis von Justiz und Verwaltung. Hier ist zu untersuchen, ob in den Fällen, in denen die Vorentscheidung einer Verwaltungsinstanz der Klageerhebung im endgültig abschließenden Verfahren voranzugehen hat, ein Sicherungsprozeß vor Einholung des Vorbescheides zulässig ist.

b) Im Hinblick auf das Verhältnis der streitigen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es ist zu untersuchen, ob im Wege einer einstweiligen Verfügung ein Liquidator ernannt oder abberufen werden darf.

c) Sodann ist zu erörtern, welche Wirkung eine einstweilige Verfügung hat, die trotz Fehlens einer Prozeßvoraussetzung erlassen worden ist.

d) Weitere Grenzen ergeben sich im Hinblick auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Schiedsgerichten. Hier ist zu ermitteln, welches Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen darf, und welche Wirkung eine einstweilige Verfügung hat, die von einem falschen Organ erlassen worden ist.

2. Weiterhin ist im Hinblick auf die Subjekte des Prozeßrechtsverhältnisses zu untersuchen, gegen wen sich eine einstweilige Verfügung richten darf. Hierbei ergeben sich folgende Fragen:

a. Darf sich eine einstweilige Verfügung gegen eine Person richten, die nicht Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses ist? Welche Wirkung hat eine einstweilige Verfügung, die sich gegen eine solche Person richtet?

b) Darf sich eine einstweilige Verfügung gegen eine Person richten, die weder Anspruchs- noch selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers ist, noch Gegner eines Gestaltungsrechts des Antragstellers? Welche Wirkung hat eine einstweilige Verfügung, die sich gegen eine solche Person richtet?

c) Darf eine einstweilige Verfügung erlassen werden, die sich gegen eine Behörde richtet, die am Sicherungsprozeß nicht als Partei beteiligt ist?

II. Sodann sind die sachlichen Grenzen der einstweiligen Verfügungen zu erörtern. Hier wird zu untersuchen sein, ob und welche Grenzen für den Inhalt einstweiliger Verfügungen im Hinblick auf das vom Gesetz in § 938 ZPO dem Gericht eingeräumte freie Ermessen bestehen.

1. Besteht für das Gericht des Sicherungsprozesses eine Bindung an Parteianträge (Anwendbarkeit von § 308 ZPO)?

2. Welche Grenzen ergibt der Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses für die Gestaltung des Inhalts der einstweiligen Verfügung?

a) Hier ist zunächst das Verhältnis der einstweiligen Verfügungen zu anderen Rechtsbehelfen zu untersuchen, die in besonderer Weise das Bedürfnis nach einer einstweiligen Regelung befriedigen. In diesem Zusammenhange ist zu prüfen, ob und in welchen Fällen eine einstweilige Verfügung auf einstweilige Einstellung oder auf Fortsetzung der Zwangsvollstreckung erlassen werden darf.

b) Sodann ist zu untersuchen, welche Grenzen für den Inhalt der einstweiligen Verfügungen sich daraus ergeben, daß das Gericht nach § 938 ZPO die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen zu treffen hat. Zu prüfen ist insbesondere, ob hiernach bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf die Interessen des Antragsgegners „billige Rücksicht" zu nehmen ist.

3. Durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung sollen nur vorläufige Maßnahmen getroffen werden. Welche Grenzen ergeben sich aus der vorläufigen Natur der einstweiligen Verfügungen für deren Inhalt? Dürfen Maßnahmen mit endgültigen Wirkungen sowie solche Maßnahmen erlassen werden, die dem Antragsgegner eine dem Anspruch des Antragsstellers entsprechende Leistung aufgeben (einstweilige Verfügungen auf vorläufige Befriedigung)?

III. Im Anhang ist darzustellen, in welchen Fällen der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in verfassungsrechtlichen Streitigkeiten für zulässig erklärt hat und welche Grenzen für den Inhalt der einstweiligen Verfügung dieser aufgestellt hat.

Teil I.

Die subjektiven Grenzen der einstweiligen Verfügungen.

Abschnitt I.

Grenzen der Berechtigung gerichtlicher Organe zum Erlaß einstweiliger Verfügungen.

Kapitel I.

Grenzen im Hinblick auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu Verwaltungsbehörden: Die Fälle der sogenannten Berufung auf den Rechtsweg.

§ 3.

Die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörden bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten.

Die Abgrenzung des Rechtsweges vom Verwaltungsweg ist grundsätzlich in der Weise erfolgt, daß nur der eine oder andere Weg für einen Rechtsstreit in Betracht kommt. Hiervon abweichend ist in den Fällen der sogenannten Berufung auf den Rechtsweg vor der Erhebung der Klage vor den ordentlichen Gerichten die Entscheidung einer Verwaltungsinstanz einzuholen. Ist der Bescheid ergangen, so muß die Klage binnen bestimmter Frist erhoben werden. Es ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen in diesen Fällen der Sicherungsprozeß zulässig ist.

Ein Fall der Berufung auf den Rechtsweg liegt vor bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten.

Das preußische Gesetz, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 [19]) bestimmt in

> § 1. Ueber vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnis . . . findet mit folgenden Maßgaben der Rechtsweg statt.
>
> § 2. Die Entscheidung des Verwaltungschefs muß . . . der Klage vorhergehen, und letztere sodann bei Verlust des Klagerechts innerhalb 6 Monaten, nachdem dem Beamten die Entscheidung des Verwaltungschefs . . . bekannt gemacht worden, angebracht werden.

Dem Wortlaute nach entsprechende Bestimmungen finden sich in folgenden Gesetzen: Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 [20]) (§§ 149, 150) für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten; Reichswehrgesetz vom 23. März 1921 [21]) (§ 32, I, II) für die Ange-

[19]) Vgl. Preuß.G.S. 1861 S. 241.
[20]) Vgl. RGBl 1907 S. 245.
[21]) Vgl. RGBl 1921 S. 329, 787.

hörigen der Wehrmacht; Preußisches Gesetz, betreffend die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten, sowie der Lehrer und Beamten an den höheren Unterrichtsanstalten mit Ausschluß der Universitäten vom 27. März 1872 (Pr.G.S. S. 268) (§ 23); Reichsversicherungsordnung (§§ 358, 413, 705, 978, 1147). Schließlich findet sich eine entsprechende Bestimmung im Preußischen Gesetz, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. Juli 1899 (Pr.G.S. S. 141) (§ 7).

I. Die Zulässigkeit des Sicherungsprozesses vor Entscheidung der Verwaltungsinstanz.

In den endgültig abschließenden Verfahrensarten ist die Erhebung einer Klage vor den ordentlichen Gerichten unzulässig, bevor die Vorentscheidung der Verwaltungsinstanz [22]) ergangen ist. Das Vorhandensein der Vorentscheidung ist daher für die endgültig abschließenden Verfahrensarten eine Prozeßvoraussetzung, bei deren Fehlen eine Sachentscheidung unzulässig ist.

Nach einer Ansicht, die in Schrifttum und Rechtssprechung [23]) herrschend ist, soll es sich hierbei um die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges handeln: Der Rechtsweg werde erst mit der Entscheidung der Verwaltungsbehörde „eröffnet". Danach würde der Sicherungsprozeß vor Erlaß des Vorbescheides unzulässig sein, denn die Zulässigkeit des Rechtsweges ist auch eine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses: Der Sicherungsprozeß ist ein Verfahren der ZPO, das vor dem ordentlichen Gerichte stattfindet. Vor die ordentlichen Gerichte gehören aber nur solche Rechtsstreitigkeiten, für die der Rechtsweg zulässig ist [24]).

Gegen die Auffassung, daß vor Erlaß des Vorbescheides der Rechtsweg unzulässig sei, sprechen folgende Erwägungen: Artikel 129 Abs. 4 RV bestimmt, daß für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten der Rechtsweg offen steht. Unbestrittenermaßen handelt es sich bei dieser Bestimmung um unmittelbar geltendes Recht. Trotz des in Art. 129 Abs. 4 RV aufgestellten Grundsatzes gelten aber die Bestimmungen über das Erfordernis des Vorbescheides bei Verfolgung beamtenrechtlicher Ansprüche weiter [25]), und es sind sogar in neueren Gesetzen ähnliche Bestimmungen vorhanden [26]). Da der Rechtsweg offen steht, also zulässig ist, kann es sich bei dem Er-

---

[22]) Soweit die Einholung einer Entscheidung des Verwaltungschefs oder des Departementschefs vorgeschrieben ist, ist hierfür der Minister derjenigen Verwaltung zuständig, der der Beamte angehört (vgl. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen S. 71).

[23]) Vgl. Brand, Das Beamtenrecht S. 456; Stölzel a. a. O. S. 71; Rosenberg S. 27, Stein-J. Anm. III 1 S. 490; Justizmin. Bl. Bd. 31 S. 2 ff. Preuß. Verw. Bl. Bd. 42 S. 13 ff. Nr. 2567 und 2571 (Entsch. d. Kom. Konfl. Ger. Hofs); RG 104 24.

[24]) Vgl. § 12, 13 GVG; § 3 Abs. 1 EG ZPO; Hartmann S. 7; Rauprich-Pernitzsch S. 28; Stern S. 18; Güthe in ZfZP Bd. 24 S. 368; LZ 1928 S. 925 Nr. 2; SA Bd. 63 S. 46 = RSP 16, 197.

[25]) Allgem. Ansicht vgl. RG 102, 170; 103, 291, 106, 41; 107, 328. Anschütz, Komm. zur RV Anm. 7 zu Art. 129 S. 523.

[26]) Vgl. Reichswehrgesetz vom 23. März 1921 (RGBl S. 329 und S. 787), § 32.

fordernis des Vorbescheides nicht um die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges handeln.

Zu der gleichen Auffassung führen die beamtenrechtlichen Gesetze. In diesen ist bestimmt, daß der Rechtsweg offen steht oder stattfindet, also zulässig ist. Die weitere Bestimmung, daß der Klage die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde voranzugehen habe, enthält keine Einschränkung der Zulässigkeit des Rechtsweges, sondern sie stellt das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes als besondere Prozeßvoraussetzung auf [27]). Die Frage, wer diesen Tatbestand zu setzen hat, ist für das Wesen der Prozeßvoraussetzung nicht entscheidend.

Die ZPO enthält in § 274 keine erschöpfende Aufzählung der Prozeßvoraussetzungen. Diese müssen auch aus anderen Bestimmungen der ZPO [28]) und aus sonstigen Gesetzen entnommen werden. Als solche Prozeßvoraussetzungen, die nicht im § 274 ZPO aufgeführt sind, sind anzusehen die Voraussetzungen der Zulässigkeit des gewählten Verfahrens, z. B. hinsichtlich der Widerklage, der Zwischenfeststellungsklage, des Urkundenprozesses [29]). Für den Amtsgerichtsprozeß bildet das Güteverfahren eine besonders gestaltete Prozeßvoraussetzung. Das Reichsgericht spricht bei einem Verlust des Klagerechts von der Unzulässigkeit des Prozeß-(Klage-)weges im Gegensatz zur Unzulässigkeit des Rechtsweges und stellt damit die Zulässigkeit des Prozeß-(Klage-)Weges als eine besondere, nicht in der ZPO geregelte Prozeßvoraussetzung auf [30]).

Um diese Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Prozeß-(Klage-)weges handelt es sich auch bei den hier erörterten Fällen, in denen das Vorliegen eines Vorbescheides Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klageerhebung ist.

Es ist zu untersuchen, ob das Vorhandensein des Vorbescheides auch eine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses ist.

Die ZPO enthält in den §§ 916 ff. keine Bestimmung darüber, ob die für die endgültig abschließenden Verfahrensarten aufgestellten Prozeßvoraussetzungen auch im Sicherungsprozeß Geltung haben. Es muß daher bezüglich jeder Prozeßvoraussetzung der endgültig abschließenden Verfahrensarten untersucht werden, ob diese eine solche des Sicherungsprozesses ist. Daß die Zulässigkeit des Rechtsweges eine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses ist, ist bereits ausgeführt [31]). Auch die Zuständigkeit ist eine solche, denn sonst wäre die Zuständigkeitsregelung der §§ 916 ff. ZPO bedeutungslos. Dagegen kommt die Erledigung des Güteverfahrens, die eine Prozeßvoraussetzung des Amtsgerichtsprozesses ist, als Prozeßvoraussetzung für den Sicherungsprozeß auch in amtsgerichtlichen Angelegenheiten nicht

---

[27]) Ebenso Hartmann S. 10; Jaschkowitz (EV u. Vorbesch. bei Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten) in JW 1928 S. 3209 ff. — Man spricht hier auch von einer Tatbestandswirkung des Vorbescheides vgl. Stein, Grenzen S. 97.

[28]) Vgl. Böhme S. 82.

[29]) Vgl. Böhme S. 82.

[30]) Vgl. RG Band 36 S. 77.

[31]) Vgl. oben S. 8.

in Betracht, da der Amtsrichter im Sicherungsprozeß ohne Anhörung der Parteien entscheiden darf [32]). Durch ein Güteverfahren im Sicherungsprozeß würde außerdem dessen Zweck, in Fällen dringender Gefahr sofortige Hilfe zu bringen, häufig vereitelt werden.

Nach dem Wortlaut der beamtenrechtlichen Gesetze bildet der Vorbescheid keine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses. Denn in den maßgebenden Gesetzesstellen ist bestimmt, daß der Vorbescheid der Klage voranzugehen habe. Unter dem Begriff „Klage" ist die gesetzlich festgelegte Einleitungsform für ein Verfahren zu verstehen, in dem nach notwendiger (obligatorischer) mündlicher Verhandlung in Form eines formeller und materieller Rechtskraft fähigen Urteils eine Entscheidung gefällt wird, durch die ein Rechtsstreit endgültig beigelegt werden soll. Demgegenüber ist das „Gesuch" auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung die Einleitungsform einer Verfahrensart, in der ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß oder auf Grund mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden werden kann; die Entscheidung soll nicht endgültig einen Rechtsstreit klären, sondern einen vorläufigen Schutz gegen Gefahren bieten; sie ist nur einer Art formeller Rechtskraft [33]), aber grundsätzlich [34]) keiner materiellen Rechtskraft fähig. Demnach ist es ausgeschlossen, den Ausdruck „Klage", der in den beamtenrechtlichen Bestimmungen sich findet, auch auf das „Gesuch" um Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beziehen.

Eine Bestätigung dieser Auffassung ergibt sich auch aus folgender Erwägung. Wie oben dargelegt, kommt ein Güteverfahren für den Sicherungsprozeß nicht in Betracht. Hieraus muß gefolgert werden, daß auch im § 495 a ZPO der Ausdruck „Klage" bewußt gewählt ist, um die Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Güteverfahren auf den Sicherungsprozeß auszuschließen [35]).

Auch auf dem Umwege über § 926 ZPO wird der Vorbescheid nicht zu einer Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses. Der Beamte, der vor Ergehen des Vorbescheides im Sicherungsprozeß vorgeht, ist in der Lage, der nach § 926 ZPO gestellten Klagerhebungsauflage nachzukommen. Er kann nämlich durch Einholung des Vorbescheides den Eintritt der Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Prozeß-(Klage-)weges herbeiführen [36]).

Mit der hier vertretenen Auffassung stimmt Hartmann im Ergebnis überein. Er führt aus [37]), das Fehlen des Vorbescheides bedeute zwar einen Mangel in den Voraussetzungen für die Erhebung der Klage — nicht etwa für die Zulässigkeit des Rechtsweges — doch sei der Anspruchsinhaber hier in der Lage, von sich aus durch Ein-

---

[32]) Vgl. §§ 919, 921, 922, 937, 942, 943 ZPO. Im Ergebnis übereinst.: Stein-J. II, Anm. III 2 zu § 922, sowie Rosenberg S. 372.

[33]) Vgl. aber §§ 926, 927, 936 ZPO.

[34]) Vgl. unten S. 32.

[35]) Vgl. zutreffend Stein-J. II Anm. III 2 zu § 922 ZPO: „Eine vorgängige Güteverhandlung kommt . . nicht in Frage (§ 495 a I Satz 1 ‚Erhebung der Klage')".

[36]) Vgl. RG 106 S. 40.

[37]) Vgl. Hartmann S. 10.

holung des Vorbescheides die zur Einleitung des Hauptprozesses notwendige Bedingung eintreten zu lassen und so der Verpflichtung aus § 926 ZPO zu genügen.

Ferner wird die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen vor Erlaß des Vorbescheides der Verwaltungsbehörde von Jaschkowitz bejaht. Seine Ansicht beruht zum Teil auf falschen Erwägungen. Jaschkowitz sieht zutreffend in dem Vorbescheid eine Prozeßvoraussetzung (Sachurteilsvoraussetzung) des ordentlichen Prozesses. Er verweist dann [38]) auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die eine Nachholung der zur Eröffnung des Rechtsweges erforderlichen Vorentscheidung auch noch in der Revisionsinstanz für zulässig hält [39]). Damit will er offenbar zum Ausdruck bringen, daß der Antragsteller auf Anordnung nach § 926 ZPO Klage im endgültig abschließenden Verfahren erheben könne, auch wenn der Vorbescheid noch nicht eingeholt ist. Eine solche Klage wäre indes wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung abzuweisen. In den vom Reichsgericht entschiedenen Fälle handelt es sich um Prozesse, in denen die Vorinstanzen falsch entschieden haben. Diese hätten wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung die Klage abweisen müssen. Das Reichsgericht konnte dies nicht mehr, da inzwischen der Vorbescheid herbeigeführt war und somit keine Prozeßvoraussetzung fehlte: Maßgebender Zeitpunkt, in dem die Prozeßvoraussetzungen vorliegen müssen, ist die letzte Tatsachenverhandlung [40]).

Ebenso unrichtig sind die weiteren Ausführungen von Jaschkowitz [41]): Der Vorbescheid in seiner Eigenschaft als Sachurteilsvoraussetzung spreche dafür, daß er nicht auch als Vorbedingung für das Verfahren der einstweiligen Verfügungen anzusprechen sei, denn das Ergebnis des Sicherungsprozesses sei einer Sachentscheidung nicht gleichzusetzen. — Demgegenüber ist zu bemerken, daß auch im Sicherungsprozeß Sachentscheidungen ergehen. Es werden auf ein Gesuch Sicherungsmaßregeln in Form eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung angeordnet, oder das Gesuch wird als unbegründet abgewiesen. Bevor aber in der Sache entschieden wird, muß auch im Sicherungsprozeß geprüft werden, ob die Prozeßvoraussetzungen vorliegen: Ein bei einem unzuständigen Gericht angebrachtes Gesuch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung muß als unzulässig abgewiesen werden; ebenso ist das Gesuch als unzulässig abzuweisen, wenn die Sicherung eines Anspruchs begehrt wird, der nicht im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar ist. Es ist also auch im Sicherungsprozeß das Vorhandensein von Sachentscheidungsvoraussetzungen zu prüfen. Diese Erwägung ergibt, daß die oben wiedergegebene Beweisführung von Jaschkowitz nicht haltbar ist. Der Umstand allein, daß es sich bei dem Erfordernis des Vorbescheides um eine Sachentscheidungsvoraussetzung handelt, bedingt noch nicht, daß der Vorbescheid für den Sicherungsprozeß nicht ein-

---

[38]) Vgl. Jaschkowitz a. a. O. unter I.
[39]) Vgl. RG 57, 80; 104, 24.
[40]) Vgl. Böhme S. 63.
[41]) Vgl. Jaschkowitz a. a. O. S. 3209 II.

geholt zu werden braucht. Dies ergibt sich vielmehr erst aus der oben näher begründeten Erkenntnis, daß der Vorbescheid eine besondere, nur für die endgültig abschließenden Verfahrensarten angeordnete Prozeßvoraussetzung ist.

Der Zweck der fraglichen Bestimmungen spricht ebenfalls dagegen, das Vorliegen des Vorbescheides als eine Prozeßvoraussetzung des Sicherungsprozesses, insbesondere als die auch für den Sicherungsprozeß geltende Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges anzusehen. Dem Beamten soll auf jeden Fall die Möglichkeit gegeben werden, seine vermögensrechtlichen Ansprüche im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen. Die Einschränkung, die das Erfordernis des Vorbescheides für den ordentlichen Prozeß bildet, hat lediglich den Zweck, den Beamten vor unnötigen und unbesonnenen Schritten zu wahren[42]). Dieser Gesichtspunkt muß aber dann zurücktreten, wenn ein Fall dringender Gefahr für den Beamten vorliegt. In solchen Fällen kann häufig eine Sicherstellung des notwendigsten Lebensunterhaltes nur durch einen Sicherungsprozeß erreicht werden, der schon vor Erlaß des Vorbescheides angestrengt wird. Die Gewährleistung des Rechtsweges verlangt, daß der Beamte rechtzeitig von den Möglichkeiten des Rechtsweges Gebrauch machen, und eine Sicherung seines Lebens herbeiführen kann.

II. Die Zulässigkeit des Sicherungsprozesses nach Ablauf der nach Entscheidung der Verwaltungsbehörde für die Klageerhebung vorgeschriebenen Frist.

In den erörterten beamtenrechtlichen Vorschriften ist bestimmt, daß der Beamte bei Verlust des Klagerechtes innerhalb einer bestimmten Frist, nachdem ihm die Entscheidung des Verwaltungschefs bekannt gemacht ist, die Klage anbringen müsse[43]). Für den ordentlichen Prozeß bedeutet dies, daß eine nach Ablauf dieser Frist erhobene Klage als unzulässig abzuweisen ist. Denn nach Ablauf der Ausschlußfrist ist die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges erloschen[44]). Infolge der Vorschrift des § 926 ist nach Fristablauf auch der Sicherungsprozeß unzulässig, denn wenn im § 926 die Klageerhebung vorgeschrieben wird, wird vorausgesetzt, daß die Klageerhebung zulässig ist. Dies ist ausgeschlossen, wenn eine Prozeßvoraussetzung endgültig weggefallen ist.

Im Schrifttum[45]) wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß in den hier erörterten Fällen die Klage im endgültig abschließenden Verfahren nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen sei. Mit Ablauf der Frist soll eine Verjährung des materiellen Anspruchs[45]) oder eine Verwirkung eines materiellen Rechts zum Widerspruch eintreten[46]). Diese Ansichten beruhen offenbar

---

[42]) Vgl. Brand S. 455.
[43]) Vgl. oben S. 7 f.
[44]) RG Bd. 36 S. 77.
[45]) Monich, Zf ZP Bd. 23 S. 420.
[46]) RG Bd. 92 S. 40 ff.; ähnlich Stein-J. I § 253 Anm. II S. 690.

auf der Annahme, daß prozessuale Fristen nur in der ZPO enthalten sein können. Diese Annahme ist indes völlig unbegründet; außerprozessuale Gesetze können sehr wohl prozessuale Vorschriften, also auch an Fristen geknüpfte Prozeßvoraussetzungen enthalten. Die Gewerbeordnung enthielt in § 91 b bis zur ihrer Abänderung durch § 111 Ziffer 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes eine „Notfrist" für die Erhebung einer Klage, und die Reichsversicherungsordnung bestimmt in § 705 Abs. 3, daß die dort für die Klageerhebung bestimmte Frist eine Notfrist im Sinne des § 223 Abs. 3 ZPO sei. Im übrigen scheitern die erörterten Auffassungen an dem Zweckgedanken in den erörterten beamtenrechtlichen Bestimmungen. Mit dem Ablauf der Frist soll der Streitfall endgültig beigelegt sein. Das ist nur der Fall, wenn man annimmt, daß mit Fristablauf eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung nicht mehr herbeigeführt werden kann. Den Ablauf einer Verjährungsfrist könnte das Gericht nur berücksichtigen, wenn dieser vom Beklagten geltend gemacht wird, oder die außerprozessuale Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten und die das Leistungsverweigerungsrecht begründenden Tatsachen vom Kläger in den Prozeß eingeführt sind[47]). — Den Ablauf einer Ausschlußfrist für die Geltendmachung eines materiellen Widerspruchsrechts dürfte das Gericht berücksichtigen, wenn er sich aus dem Vortrage einer Partei ergibt. Das Gericht wäre aber an ein vom Staat über die Rechtzeitigkeit der Klageerhebung abgelegtes Geständnis gebunden[48]). Ferner müßte, wenn der Staat das Bestehen des materiellen Widerspruchsrechts anerkennen würde, auf Antrag ein Anerkenntnisurteil erlassen werden. Das ist nicht der Fall bei Annahme einer von Amts wegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzung. Tatsachen, die der Offizialprüfung unterliegen, können nicht zugestanden werden[49]), und ein Anerkenntnisurteil setzt voraus, daß die Prozeßvoraussetzungen vorliegen; denn ein Anerkenntnisurteil ist ein Sachurteil[50]).

§ 4.

Die Vorentscheidung bei Entschädigungsansprüchen.

Eine zweite Gruppe von Fällen, in denen ein Vorbescheid einer Verwaltungsbehörde der Klage vorangehen muß, bilden gewisse Entschädigungsansprüche.

I. 1. Hierher gehören die Ansprüche der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen[51]) und die Entschädigungsansprüche für unschuldig erlittene Untersuchungshaft[52]). Ferner be-

[47]) Vgl. Rosenberg § 103 II 2 d S. 340.
[48]) Vgl. Jäger in JW 1917 S. 659 zu Nr. 12.
[49]) Vgl. Förster-Kann Bd. I S. 764, sowie auch Stein-J. Anm. I 3 zu § 274.
[50]) Stein-J. I Anm. IV zu § 307 S. 855.
[51]) Vgl. § 5 des Ges., betr. d. Entsch. der im Wiederaufnahmeverf. freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898, RGBl. S. 345 (Freigesprochenengesetz).
[52]) Vgl. § 6 des Gesetzes, betreffend die Entscheidung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. Juli 1904 — RGBl S. 321.

stimmte Ansprüche auf Ersatz des Schadens, der anläßlich der Herstellung oder Unterhaltung einer Telegraphenlinie entstanden ist[53]), sowie einzelne Entschädigungsansprüche auf Grund des Branntweinmonopolgesetzes[54]). Sodann sind hier zu berücksichtigen Ansprüche auf Berge- und Hilfslohn und auf Erstattung der Bergungs- und Hilfskosten nach der Strandungsordnung[55]).

In den angeführten Fällen ist, wie bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten, bestimmt, daß der Rechtsweg zulässig und die Klage binnen einer bestimmten Frist nach Einholung eines Vorbescheides zu erheben ist[56]), oder daß zunächst eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ergehen müsse und gegen diese Entscheidung der Rechtsweg beschritten werden könne[57]). Der Rechtsweg steht also offen[58]); die Klage in den endgültig abschließenden Verfahrensarten ist jedoch erst zulässig, wenn der Vorbescheid eingeholt ist und somit die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges vorliegt. Für den Sicherungsprozeß gilt das gleiche wie bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten. Er ist bereits vor Einholung des Vorbescheides zulässig.

Ist die Klage innerhalb der bestimmten Frist nicht erhoben, so kann die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges nicht mehr eintreten. Infolgedessen ist gemäß § 926 ZPO auch ein Sicherungsprozeß endgültig unzulässig.

II. 1. Einen weiteren Fall eines Vorbescheides enthält das Enteignungsgesetz[59]). Die durch das Enteignungsgesetz gewährten Entschädigungsansprüche können vor den ordentlichen Gerichten erst verfolgt werden, wenn eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde über die Höhe der Entschädigung vorliegt. Ein Sicherungsprozeß kommt in den Fällen des Enteignungsgesetzes nicht in Betracht. Der Entschädigungsanspruch entsteht nämlich erst mit dem Ausspruch der

---

[53]) Vgl. §§ 13; 2, 4, 5, 6 des Telegraphenwegegesetzes vom 18. Dezember 1899 — RGBl S. 705 —. Die Ersatzansprüche sind zunächst bei der nach § 13 maßgebenden Verwaltungsbehörde geltend zu machen; gegen die Entscheidung ist die gerichtliche Klage zulässig. Eine einstweilige Verfügung vor Erlaß der Verwaltungsentscheidung kann in Betracht kommen nach § 940 ZPO bei Notlage des Geschädigten auf Zahlung von Schadensersatz, da die Vornahme der schädigenden Handlung vor Erledigung des Entschädigungsverfahrens erfolgen darf.

[54]) Vgl. § 241 des Branntweinmonopolgesetzes vom 26. Juli 1918 — RGBl S. 887 —. Praktisch kommt dieser Fall nicht mehr in Betracht, da die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem Branntweinmonopolgesetz nur innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren nach Inkrafttreten des Branntweinmonopolgesetzes möglich war.

[55]) Vgl. §§ 36 ff.; 4, 5, 9, 10 der Strandungsordnung.

[56]) Vgl. hierzu §§ 1, 2 des Gesetzes, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861.

[57]) Vgl. hierzu § 7 des Preußischen Gesetzes, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. Juli 1899.

[58]) Vgl. namentlich § 13 Abs. 4 des Telegraphenwegegesetzes, § 10 der Strandungsordnung in Verbindung mit § 743 HGB.

[59]) Vgl. § 30 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (Preußische Gesetzsammlung S. 221).

Enteignung. Dieser erfolgt aber nicht, bevor das Verfahren über die Höhe der zu zahlenden Entschädigung beendet und die Entschädigungs- oder Kautionssumme rechtsgültig gezahlt oder hinterlegt ist [60]). Der Entschädigungsanspruch ist daher niemals gefährdet. Er kann somit nicht die Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bilden. Ein Sicherungsprozeß, durch den etwa die Einstellung des Enteignungsverfahrens erstrebt wird, ist unzulässig, da der Rechtsweg nur für Entschädigungsansprüche offen steht.

2. Ferner bietet Besonderheiten das Defektenverfahren gegen Beamte [61]), sowie das Verfahren bei Feststellung der Unterhalts- und Ersatzpflicht gegenüber Fürsorgeverbänden [62]).

a) Das Verhältnis des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten und vor den Verwaltungsbehörden ist in Defektenangelegenheiten folgendermaßen geregelt. Vor Erlaß eines Defektenbeschlusses bestehen keine Schranken für die Zulässigkeit eines Prozesses seitens des Staates gegen den Beamten oder einer Feststellungsklage des Beamten gegen den Staat vor den ordentlichen Gerichten. Denn die Schadensersatzforderungen des Staates sind privatrechtlicher Natur [63]), und die Zulässigkeit eines Prozesses vor den ordentlichen Gerichten ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen [64]). Demnach ist auch ein Sicherungsprozeß zunächst zulässig [65]).

Wenn die Verwaltungsbehörde einen Defektenbeschluß erlassen hat, ist ein Vorgehen vor den ordentlichen Gerichten nur noch den Beamten gestattet, gegen den sich der Defektenbeschluß richtet. Für einen Prozeß des Staates gegen den Beamten, und zwar auch für einen Sicherungsprozeß, entfällt mit Erlaß des Defektenbeschlusses die Prozeßvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses. Der Defektenbeschluß ist nämlich ein sofort vollstreckbarer Titel [66]), so daß ein weiterer vollstreckbarer Titel nicht erforderlich ist. Auch das Reichsgericht [67]) hält einen Prozeß des Staates gegen den Beamten nach Erlaß des Defektenbeschlusses für prozessual unzulässig, aber aus dem Gesichtspunkt der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Zur Be-

[60]) Vgl. § 32 Enteignungsgesetz.

[61]) Vgl. im einzelnen § 134 ff., insbesondere 137, 144, 146, 147 des RBG, sowie §§ 8 ff., 11, 16, 17 der Verordnung über die Festsetzung und den Ersatz der bei Kassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte vom 24. Januar 1844 — Preuß. Ges.-Samml. 1844 S. 52 ff. —.

[62]) Vgl. § 23 der VO über Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 — RGBl I S. 100 —, § 30 Ausf. — VO v. 17. 4. 1924 — Pr. Gesetzs. S. 210.

[63]) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 332.

[64]) Vgl. § 141 RBG, § 10 der VO von 1844 (Liegen nach dem Ermessen der Verwaltung die Voraussetzungen dieser Vorschriften nicht vor, so ist sogar der Staat ausschließlich auf den Rechtsweg angewiesen) — vgl. ferner zutreffend Brand, Beamtenrecht S. 836; RG in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1119; KKGH vom 30. Oktober 1915 im Preuß. Verw.-Bl. Bd. 42 S. 14; Stölzel, Rechtsweg und Komp. Konfl. S. 62.

[65]) Sachlich kommt nur ein Sicher.-Proz. des Staates zur Sicherung der Verwirklichung seines Defektenanspruchs in Betracht.

[66]) Vgl. § 140 ff. RBG, 5 ff. VO v. 24. 1. 1844

[67]) Vgl. RG in JW 1900 S. 792 Nr. 22; unter Bezugnahme auf diese Entscheidung Stölzel, Rechtsweg S. 62.

gründung dieser Ansicht verweist es auf die Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit des Defektenbeschlusses. Diese geben aber keinen Anhaltspunkt für die Unzulässigkeit des Rechtsweges; dieser muß vielmehr zulässig sein, denn der Beamte darf gegen den Defektenbeschluß im Wege einer Klage vor den ordentlichen Gerichten vorgehen [68]). Eine Klage des Beamten ist zulässig, bis die mit der Bekanntmachung oder Abfassung des Defektenbeschlusses beginnende Ausschlußfrist abgelaufen ist [69]). Nach Ablauf der Frist fehlt für eine Klage vor den ordentlichen Gerichten die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges.

Aus § 11 der Verordnung vom 24. Januar 1844, sowie aus § 144 des Reichsbeamtengesetzes geht hervor, daß mit Ablauf der „Ausschlußfrist" nicht materiellrechtliche Einrede- oder Widerspruchsrechte gegen den Defektenbeschluß untergehen [70]). Denn der Beamte kann seine „Einreden" gegen den Defektenbeschluß auch später noch in einer auf Bestrafung abzielenden Untersuchung geltend machen [71]). Demnach kann die Frist nur bedeuten, daß eine nach ihrem Ablauf erhobene Klage als unzulässig abzuweisen ist. Da der Rechtsweg als solcher zulässig ist, kann nur eine besondere Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges weggefallen sein. Hiermit bestätigt sich auch die oben [72]) bezüglich der Bedeutung der Ausschlußfrist bei Geltendmachung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten vertretene Auffassung. Denn die Ausschlußfrist dient in beiden Fällen dem gleichen Zweck, einen zwischen dem Staat und einem Beamten bestehenden Rechtsstreit endgültig beizulegen.

Da nach Ablauf der Ausschlußfrist die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Klageweges endgültig weggefallen ist, ist nach § 926 ZPO auch der Sicherungsprozeß unzulässig.

Sachlich kommt ein Sicherungsprozeß des Beamten nicht in Betracht. Ein solcher könnte nur auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem Defektenbeschluß oder aus einer Beschlagnahme [73]) gerichtet sein. Diesem Zweck dient aber die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung [74]), so daß für einen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung abzielenden Sicherungsprozeß kein Rechtsschutzinteresse besteht [75]).

---

[68]) Vgl. § 16 VO vom 24. Januar 1844, § 144 RBG, § 13 GVG.
[69]) Vgl. § 16 VO, § 144 RBG.
[70]) Anderer Ansicht: RG Bd. 92 S. 40 ff.
[71]) Vgl. §§ 16 VO, 144 RBG.
[72]) Vgl. oben S. 12 ff.
[73]) Vgl. §§ 140, 141 RBG; 146 RBG; § 3 Abs. 3 (a. E.) der VO betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen vom 15. November 1899 — Preuß.G.S. S. 545, in der Fassung vom 12. April 1924 GS S. 209 und vom 28. Nov. 1924, GS S. 741 —. § 16 VO vom 24. Jan. 1844, der die Zwangsvollstreckung aus dem Defektenbeschluß trotz Beschreitung des Rechtsweges bis zur rechtskräftigen Entscheidung gestattet, steht dem nicht entgegen, da er nur besagt, daß die Beschreitung des Rechtsweges nicht als solche die Einstellung der Zwangsvollstreckung zur Folge hat.
[74]) Vgl. §§ 707, 719 ZPO, 769, 770 ZPO.
[75]) Vgl. unten §§ 17 ff.

Nach preußischem Recht kann der Defektenbeschluß neben dem Erkenntnis auf unmittelbare Verpflichtung zum Ersatz des Schadens in den Fällen der Unterschlagung, der Veruntreuung oder eines groben Versehens auch eine Beschlagnahme des Vermögens solcher Beamten aussprechen, die an dem Verluste ohne grobes Verschulden unmittelbar teilhaben [76]). Eine Verpflichtung zum Ersatz kann in diesem Falle nur im ordentlichen Prozeßwege ausgesprochen werden. Dieser Beschluß auf Beschlagnahme hat daher mit dem oben erörterten Fall der Anfechtung des Defektenbeschlusses im Rechtswege nichts zu tun. Er ist eine Arrestmaßnahme der Verwaltung [77]), gegen die den Beamten die Berufung auf den Rechtsweg wie gegen einen gerichtlichen Arrest zusteht [78]).

2. Dem Defektenverfahren ähnelt das Verfahren bei Geltendmachung von Ansprüchen eines Fürsorgeverbandes gegen Angehörige eines Bedürftigen auf Zahlung von Unterhalt an diesen, oder auf Ersatz der Leistungen des Fürsorgeverbandes [79]).

Die Ansprüche des Fürsorgeverbandes unterliegen grundsätzlich dem Rechtswege [80]). Die Möglichkeit, im Verwaltungswege vorzugehen, macht ein Vorgehen vor den ordentlichen Gerichten nicht unzulässig. Hat die Behörde aber einen Beschluß auf Unterhaltszahlung oder Ersatzleistung erlassen, entfällt für einen Prozeß der Behörde vor den ordentlichen Gerichten die Prozeßvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses [81]), da der Beschluß vollstreckbar ist [82]). Das gilt auch für den Sicherungsprozeß.

Ein Vorgehen des in Anspruch genommenen Angehörigen des Bedürftigen im Wege des Sicherungsprozesses muß ebenfalls am Fehlen der Prozeßvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses scheitern. Denn der Sicherungsprozeß könnte nur auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichtet sein. Hierfür aber ist gemäß § 3 Abs. 3 der Verordnung, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 769, 770 ZPO vorgesehen.

§ 5.

Vorentscheidungen durch Verwaltungsbehörden und Schiedsgerichte bei sonstigen Rechtsstreitigkeiten.

I. Vorentscheidungen der Innungsschiedsgerichte finden sich bei Streitigkeiten zwischen Innungsmitgliedern und ihren Lehrlingen [83]).

---

[76]) Vgl. § 11 VO vom 24. Januar 1844.

[77]) Vgl. § 53 VO, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (vom 15. November 1899 usw.).

[78]) Vgl. § 17 VO vom 24. Januar 1844.

[79]) Vgl. § 23 VO über Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 — RGBl I S. 100 — und § 30 der Ausf. VO zur VO über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924, vom 17. April 1924, Preuß. Ges. Samml. 1924 S. 210.

[80]) Vgl. § 30 der Ausführungsverordnung vom 17. April 1924.

[81]) Vgl. unten § 17.

[82]) Vgl. § 23 VO vom 13. Februar 1924, § 30 der Ausführungsverordnung vom 17. April 1924.

[83]) Vgl. §§ 81 a, Nr. 4, 91 b Gewerbe-O. in der Fassung des § 111 AGG.

Nach § 111 des Arbeitsgerichtsgesetzes muß der Klage vor dem Arbeitsgericht in allen Fällen der hier in Betracht kommenden Lehrlingsstreitigkeiten die Verhandlung vor dem Innungsausschuß vorausgegangen sein[84]). Die Vorentscheidung des Innungsausschusses bildet somit eine Prozeßvoraussetzung[85]). Diese Prozeßvoraussetzung ist aber nur für die endgültig abschließenden Verfahrensarten aufgestellt, da die Vorentscheidung nur der „Klage" voranzugehen hat.

Eine Bestätigung dieser Auffassung ergibt sich aus folgender Erwägung. Verläßt ein Lehrling ohne Zustimmung des Lehrherrn die Lehre, so kann unter bestimmten Voraussetzungen die Polizeibehörde den Lehrling anhalten, in der Lehre zu bleiben, bis dem Lehrling das Fernbleiben durch eine einstweilige Verfügung gestattet wird[86]). Die Vorschriften der Gewerbeordnung, die die allgemeinen Verhältnisse der Lehrlinge regeln[87]), lassen keinen Schluß darauf zu, daß die Lehrlinge, deren Lehrherr Innungsmitglied ist, nicht den gleichen Schutz gegen polizeiliche Zwangsmaßnahmen genießen sollen, wie die übrigen Lehrlinge. Das würde aber der Fall sein, wenn vor Beendigung des Verfahrens vor dem Innungsausschuß ein Sicherungsprozeß unzulässig wäre. Hierin findet die oben[88]) vertretene Auffassung eine Bestätigung, daß die Prozeßvoraussetzung des Vorbescheides mit der Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges nichts zu tun haben kann[89]). Würde vor Entscheidung des Innungsausschusses der Rechtsweg unzulässig sein, wäre auch der Sicherungsprozeß unzulässig.

Ist dagegen eine Entscheidung des Innungsausschusses ergangen und nicht innerhalb einer Woche danach von dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer anerkannt, so kann binnen zwei Wochen nach ergangenem Spruch Klage beim zuständigen Arbeitsgericht erhoben werden. Gemäß § 926 ZPO ist daher ein Sicherungsprozeß unzulässig, wenn die Klage im Hauptverfahren nicht innerhalb dieser Frist erhoben ist. Denn wenn das Gesetz in § 926 die Klageerhebung vorschreibt, setzt es voraus, daß die Klageerhebung zulässig ist[90]).

---

[84]) Vgl. § 111 Ziffer 2 Abs. 2 AGG.

[85]) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts S. 606; Schmincke, Der Innungsausschuß für Lehrlingsstreitigkeiten nach dem Arbeitsgerichtsgesetze, in der Zeitschr.: Das Arbeitsgericht, 1927, S. 402 und RAG vom 14. März 1928 in „Entsch. der Arb.-Ger. und der Landesarb. Ger. Bensheimer Bd. II (1928) S. 177, 178.

[86]) Vgl. § 127 d Gew.-O.

[87]) Vgl. §§ 126 ff. Gew.-O.

[88]) Vgl. oben S. 8 ff.

[89]) Vgl. auch die zutreffende Entscheidung des RAG ins Bensheimer-Samml. Bd. II S. 178, wo im Hinblick auf § 91 b Gew.-O., § 111 AGG dargelegt wird, daß es zur Klageerhebung vor Erledigung des Verfahrens vor dem Innungsausschuß „an der durch diese bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen vorgeschriebenen Prozeßvoraussetzung" fehle. In der Entscheidung wird weiter dargelegt, daß es sich hier um eine Prozeßvoraussetzung, nicht um eine prozeßhindernde Einrede handele. — A. A. Stein-J. I S. 690 (Unzulässigkeit des Rechtsweges vor Entsch. des Innungsausschusses).

[90]) Vgl. § 91 b Gew.-O. § 111 AGG — vgl. oben S. 12.

II. Weitere Fälle, in denen eine Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde vor Beschreitung des Rechtsweges in Betracht kommt, finden sich in der Seemannsordnung [91]).

Ein Schiffsmann darf den Kapitän nicht vor einem ausländischen Gericht verklagen. In Fällen, die keinen Aufschub leiden, entscheidet das Seemannsamt vorbehaltlich der Befugnis, die Rechte vor der zuständigen Behörde geltend zu machen [92]). Hiermit ist der Prozeßweg vor einem deutschen Gericht nicht für unzulässig erklärt, die Entscheidung des Seemannsamtes kommt überhaupt nur in Betracht, wenn eine Geltendmachung des Rechtsstreits vor einer deutschen Gerichts- oder Verwaltungsinstanz nicht möglich ist.

Entsteht im Inlande nach Anmusterung ein Streit über den Austritt und die Fortsetzung des Dienstes, entscheidet das zuständige Seemannsamt unter Vorbehalt des Rechtsweges [93]). Eine Anrufung der ordentlichen Gerichte ist erst zulässig, wenn das Verfahren vor dem Seemannsamt erledigt ist [94]). Ein Sicherungsprozeß vor den ordentlichen Gerichten ist vor Erledigung des Verfahrens vor dem Seemannsamt nicht zulässig. Die Zuständigkeit der Seemannsämter besteht zu dem Zwecke, in Fällen, in denen ihrer Natur nach Eile geboten ist, eine schnelle Entscheidung herbeizuführen. Es würde dem Gedanken der Prozeßökonomie widersprechen, wenn neben dem Schnellverfahren vor den Seemannsämtern noch ein Sicherungsprozeß vor den ordentlichen Gerichten geführt werden könnte.

III. Aus dem gleichen Gesichtspunkt der Prozeßökonomie war auch ein Sicherungsprozeß unzulässig, solange das nach § 52 a MSchG vorgeschriebene Vorverfahren [95]) nicht erledigt war, da das Mieteinigungsamt bis zu diesem Zeitpunkte selbst einstweilige Anordnungen treffen konnte [96]).

IV. Zu erörtern ist noch der Fall des Vorentscheides der Polizeibehörde bei Streitigkeiten zwischen Reisenden und Gastwirten über die Höhe der Preise [97]). Es handelt sich hier um bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten, die grundsätzlich vor die ordentlichen Gerichte gehören. Eine Entscheidung der Polizeiverwaltung kommt nur auf Beschwerden Reisender in Betracht; die Beschreitung des Rechtswegs wird hierdurch in keiner Weise von dem Vorbescheid der Polizeibehörde abhängig gemacht. Da ferner gegen die Entscheidung der Po-

---

[91]) Vgl. Seemannsordnung vom 2. Juni 1902, RGBl S. 175 — mit Ergänzungen vom 23. März 1903 — RGBl S. 57 — und vom 12. Mai 1904 — RGBl S. 176 —; ferner § 2 Ziff. 2 AGG.

[92]) Vgl. § 129 SeemO. Einzelfälle: §§ 57 Abs. 3; 66 Abs. 3; 69 Abs. 2; 72 Abs. 2; 61 Abs. 3 (Vergütungen und Belohnungen), § 78 (Zurückbeförderung von Seeleuten) § 79 (Entlassung eines Seemanns durch das Seemannsamt).

[93]) Vgl. § 130 Seem.-O.

[94]) Vgl. den Wortlaut des § 130 Seem.-O.: „Im Inlande wird der Streit . . . von dem Seemannsamte entschieden."

[95]) § 52 a MSchG. Das dort geregelte Schiedsverfahren in Räumungsstreitigkeiten findet nach der Notverordnung vom 8. Dezember 1931 Teil II Kap. IV Art. 2 Ziffer 5 nicht mehr statt.

[96]) Vgl. § 40 Abs. 5 MSchG.

[97]) Vgl. § 75 Gew.-O.

lizeiverwaltung die Beschreitung des Prozeßweges unbeschränkt zulässig ist, bestehen für einen Sicherungsprozeß keinerlei Schranken.

Kapitel II.

Grenzen im Hinblick auf das Verhältnis der streitigen zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Ernennung und Abberufung von Liquidatoren.

§ 6.

Die prozessuale Zulässigkeit der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren im Wege einer einstweiligen Verfügung.

I. Das Verhältnis der streitigen Gerichtsbarkeit zur freiwilligen entspricht dem der Zivilgerichtsbarkeit zur Verwaltung. Vom Standpunkt der §§ 17 GVG, 274 Nr. 2, 547 Abs. 2 ZPO aus betrachtet, ist der (streitige) Rechtsweg unzulässig, wenn eine Rechtsangelegenheit ausschließlich im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen ist[98]). Ein Sicherungsprozeß ist daher in diesem Falle unzulässig[99]).

II. Eine Streitfrage besteht über die prozessuale Zulässigkeit der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren[100]) durch einstweilige Verfügung.

1. Nach § 145 FGG[101]) gehört die gerichtliche Ernennung und Abberufung von Liquidatoren zu den Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Zuständigkeit der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist grundsätzlich eine ausschließliche. Durch Ueberweisung einer Sache an die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird diese dem streitigen Verfahren entzogen, sofern nicht neben dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarbarkeit das Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit ausdrücklich zugelassen ist[102]). Da dies bezüglich der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren nicht der Fall ist, ist ein streitiges Verfahren und somit auch ein Sicherungsprozeß, der auf Ernennung oder Abberufung eines Liquidators abzielt, unzulässig[103]).

Dies gilt auch dann, wenn nicht die völlige Abberufung eines Liquidators, sondern nur eine Beschränkung seiner Rechte beantragt

---

[98]) Vgl. Stein-J. Vorbemerkung III vor § 1 S. 13 ff., insbesondere S. 15.

[99]) Ueberwiegende Meinung vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 29, Stern S. 18, Stein-J. Anm. I vor § 916.

[100]) Vgl. §§ 146 Abs. 2, 147, 161 Abs. II, 295 Abs. 2 und 3, 331 i. V. m. 320 HGB; 66 Abs. 2 GmbH.-Ges.

[101]) Vgl. auch §§ 66 Abs. 2, 7 Abs. 1 GmbH.-G.

[102]) Vgl. auch §§ 309 HGB, 75 GmbH.-Ges.; 144, 127 FGG. — Rosenberg S. 37, Marcus in Holdheim, 14. Jahrg. (1905 S. 300).

[103]) Uebereinst. Schlegelberger Anm. 2 zu § 145 S. 827; Ebert-Dudek-Lindemann Anm. 1 zu § 146 FGG S. 344, Düringer-Hachenburg Bd. 4 Anm. 19 zu § 146 HGB S. 695; Stein-J. Anm. I 1 vor § 916 S. 934 ff.; Rauprich-Pernitzsch S. 30; Josef, e. V. d. Prozeßrichters S. 22; Marcus S. 300. — OLG Frankfurt in JW 1921 S. 763 und Anm. v. Fischer ebenda; Recht 1905 Nr. 106 S. 21; Rspr. Bd. 16 S. 197 (gleich ZBl. FFG Bd. 8 S. 237; SA Bd. 63 Nr. 32 S. 46 ff.); Rspr. S. 36, 274; RG in JW 1901 S. 754 Nr. 13.

wird. Denn die Beschränkung der Rechte ist eine teilweise Abberufung [104]).

Der Sicherungsprozeß ist auch dann nicht zulässig, wenn sich das Gesuch auf Abberufung gegen einen Liquidator richtet, der sein Amt als sogenannter geborener Liquidator auf Grund seiner Stellung als Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft erworben hat. Gewiß ist bei laufender Gesellschaft eine Klage oder ein Sicherungsprozeß auf Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft zulässig, da die Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters nicht zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört [105]). Mit Auflösung der Gesellschaft verliert aber der Gesellschafter als solcher das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft [106]).
Es ist jetzt kein Gesellschafter mehr vorhanden, dem das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung entzogen werden könnte. Wenn der bisherige Gesellschafter als geborener Liquidator die zur Abwicklung des Unternehmens erforderlichen Geschäfte zu führen hat, so handelt er nicht mehr auf Grund der Geschäftsführungsbefugnis als Gesellschafter, sondern ausschließlich auf Grund seiner Stellung als Liquidator [107]). Die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren ist in §§ 146, 147, 161 Abs. 2 HGB geregelt. Dafür, daß auf die Abberufung der geborenen Liquidatoren die Vorschriften über Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters anzuwenden seien, bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Die Bestimmung, daß die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft im Falle einer Liquidation die Stellung von Liquidatoren haben, bezieht sich nur auf die Entstehung der Liquidatorenstellung. Sie besagt hingegen nichts über deren Inhalt und Beendigung. Somit kann die Abberufung der geborenen Liquidatoren nur im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgen.

2. Gegen die hier vertretene Auffassung, daß ein auf Ernennung oder Abberufung eines Liquidators abzielender Sicherungsprozeß unzulässig sei, wendet sich vor allem Staub [108]). Der von ihm angeführte Gesichtspunkt, es handele sich um Fälle, in denen besondere Eile geboten sei, vermag indes die prozessuale Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen des Prozeßrichters auf Ernennung oder Abberufung eines Liquidators nicht zu begründen.

Von einigen Schriftstellern [109]) wird sogar die Auffassung vertreten, der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit könne unter

---

[104]) Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 147 S. 696 und Rspr. 36, 274: Die Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis sei der Abberufung gleichzustellen.
[105]) Vgl. §§ 117, 161 Abs. 2, 164, 117 HGB.
[106]) Vgl. § 145, 162 Abs. 2 HGB.
[107]) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. IV Anm. 2 zu § 146 S. 937.
[108]) Vgl. Staub-Pinner Bd. I Anm. 9 zu § 146 S. 769; ferner: Makower Anm. III 3 zu § 146 S. 286.
[109]) Vgl. Marcus in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 14. Jahrgang 1905 S. 300, 18. Jahrgang 1909 S. 21; Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 146 HGB S. 457.

entsprechender Anwendung der §§ 935 ff. ZPO „einstweilige Verfügungen" erlassen. Zur Begründung wird angeführt, daß die Bestimmungen der ZPO auch im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit Geltung hätten, soweit nicht grundlegende Verschiedenheiten des Verfahrens beständen. Hiernach stände einer Anwendung der §§ 935 ff. ZPO im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit nichts entgegen [110]).

Eine Begründung der Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Analogie der §§ 935 ff. ZPO ist hiermit nicht gegeben. Die Struktur des Sicherungsprozesses läßt sich in keiner Weise mit dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vereinbaren. Der Sicherungsprozeß ist ein Verfahren, das dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime unterliegt. Allein die Parteien haben den Streitstoff in den Prozeß einzuführen, über seine Feststellungsbedürftigkeit zu entscheiden und seine Feststellung zu betreiben; das Gericht darf Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, nicht berücksichtigen und keine Beweise von Amts wegen erheben. Die Entscheidung des Sicherungsprozesses ergeht in der Regel auf Grund mündlicher Verhandlung in Form eines Endurteils.

Ganz anders im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hier hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben [111]); Entscheidungen in Form von Urteilen sind der freiwilligen Gerichtsbarkeit völlig fremd.

Die Notwendigkeit besonders schneller Entscheidungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit könnte daher nur die Grundlage eines besonders schnellen Verfahrens nach Art des sonstigen Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit bilden. Hierfür besteht aber kein Bedürfnis, da das gewöhnliche Verfahren genügende Gewähr für eine schnelle Erledigung dringender Fälle bietet [112]). Die Anhörung des Gegners, die nach § 146 FGG „wenn tunlich" erfolgen soll, erscheint bei der Tragweite der zu treffenden Anordnungen durchaus angemessen [113]). Da sie nur „wenn tunlich", zu erfolgen hat, kann sie in besonders dringenden Fällen unterbleiben.

Demnach steht das gewöhnliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an Schnelligkeit kaum dem Sicherungsprozeß der ZPO nach, denn auch im Sicherungsprozeß ist der Gegner grundsätzlich zu hören, wenn der Erlaß einer einstweiligen Verfügung erstrebt wird [114]).

Marcus [115]) sieht einen Grund für die Notwendigkeit eines besonderen Schnellverfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit darin, daß

[110]) Vgl. Marcus a. a. O. 1905 S. 300.
[111]) Vgl. § 12 FGG.
[112]) Vgl. zutr. Düringer-Hachenburg Bd. IV Anm. 19 zu § 146 HGB S. 951; Schlegelberger Bd. II Anm. 2 zu § 145 FGG S. 828; Fischer in JW 1921 S. 763; Rspr. 16, 196 ff. (gleich SA Bd. 63 Nr. 32 S. 46 ff. gleich ZBl. FFG Bd. 8 S. 337); Recht 1905 Nr. 106 S. 21.
[113]) Vgl. Düringer-Hachenburg Bd. IV Anm. 19 zu § 146 HGB S. 695.
[114]) Vgl. § 937 Abs. 2 ZPO.
[115]) Vgl. Marcus in Holdheim 1905 S. 292 ff.

nach § 146 FGG die unbegründete Unterlassung der Anhörung des Gegners einen Beschwerdegrund bildet. Dieser Gesichtspunkt kann nicht ausschlaggebend sein. Denn die Einlegung der Beschwerde hemmt die Vollziehung der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dann, wenn das Gericht die Vollziehung aussetzt [116]). Hält daher das Gericht im Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde seine Anordnung noch für zutreffend, so wird es die Vollziehung der Verfügung nicht aussetzen.

Kapitel III.

§ 7.

Die Bedeutung des Fehlens einer Prozeßvoraussetzung für die Wirkung einer trotzdem im Sicherungsprozeß ergangenen Sachentscheidung.

I. In den beiden vorhergehenden Kapiteln war von Prozeßvoraussetzungen die Rede, deren Bedeutung für den Sicherungsprozeß eine Erörterung im Rahmen dieser Arbeit erforderte. Damit ergibt sich die weitere Frage, welche Bedeutung es für die Entscheidungen des Sicherungsprozesses hat, wenn das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung übersehen wurde. Diese Frage kann allgemein gestellt werden.

Das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung hat auf den rechtlichen Bestand einer trotzdem ergangenen Sachentscheidung keinen Einfluß. Es liegt keine Nichtentscheidung vor, denn das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen stellt kein Tatbestandsmerkmal des Entscheidungsbegriffs dar [117]). Die trotz Fehlens einer Prozeßvoraussetzung ergangene Sachentscheidung ist aber auch nicht nichtig. Unter einer nichtigen Entscheidung ist eine solche zu verstehen, die zwar als Tatsache im Rahmen des Prozeßrechtsverhältnisses vorhanden ist, deren Inhalt aber nicht als Tatbestand für weitere Rechtsfolgen benutzt werden kann: Sie ist rechtsungültig. Die Rechtsungültigkeit betrifft den sachlichen Gehalt der Entscheidung, sie hat ihre Ursache in der Rechtsfremdheit des Willensinhalts. Der sachliche Gehalt einer Entscheidung wird aber nicht durch das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung rechtsfremd. Fehlt die Zulässigkeit des Rechtsweges, so sind die Gerichte als Willensurheber ungeeignet, während andere Behörden als Urheber des geäußerten Wollens in Betracht kommen [118]). Fehlt

---

[116]) Vgl. §§ 16, 24 FGG.

[117]) Es bestehen nur folgende Tatbestandsmerkmale des Entscheidungsbegriffs: Die Entscheidung muß als solche (Urteil, Beschluß) gekennzeichnet und von einem Gericht erlassen sein. Ferner muß sie zu einem bestimmten Prozeßrechtsverhältnisse in Beziehung stehen. Vgl. Hein, Identität Bd. 1 S. 295 ff., insbesondere S. 297/298.

[118]) Vgl. hierzu Hein, Identität Bd. I S. 316 ff., insbesondere S. 320, 337, 355 f., 358. — Die verschiedenen Ansichten über Wesen und Gründe der Nichtigkeit einer Entscheidung können hier nicht erörtert werden. Eine ähnliche Auffassung, wie die hier vertretene, findet sich bei Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 473 ff.; dieser will lediglich den Begriff der Rechtsfremdheit durch den des „rechtlich Unerträglichen" ersetzt wissen. Er übersieht dabei, daß eine

die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des Prozeß- oder Klageweges, weil ein Vorbescheid noch nicht ergangen oder eine zur Klageerhebung bestimmte Frist verstrichen ist, so ist das Gericht nur zur Zeit der Entscheidung als Willensurheber ungeeignet; nach Ergehen des Vorbescheides, vor Ablauf der für die Klageerhebung bestimmten Frist wäre es geeigneter Urheber des geäußerten Wollens gewesen. Von Nichtigkeit kann also keine Rede sein.

Diese Grundsätze gelten auch für die Entscheidungen des Sicherungsprozesses. Der Umstand, daß die Entscheidungen des Sicherungsprozesses nur bis zu einem gewissen Grade formelle und keine materielle Rechtskraft erlangen können, ist für die Frage der Nichtigkeit nicht entscheidend. Denn die Nichtigkeit betrifft lediglich den sachlichen Gehalt der Entscheidung, dieser wird aber durch die Rechtskraft nicht beeinflußt.

II. Zweifelsfragen ergeben sich bezüglich der Wirkung einer einstweiligen Verfügung, durch die ein Liquidator ernannt oder abberufen wird. Bei der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren handelt es sich um Gestaltungsakte. Man könnte daran denken, daß die Gestaltungswirkung nur von Entscheidungen der Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgehen könnte, da die Ernennung und Abberufung eines Liquidators eine ausschließliche Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Folgende Erwägungen zeigen aber, daß eine einstweilige Verfügung, die fälschlicherweise die Ernennung und Abberufung eines Liquidators ausspricht, ebenfalls rechtsgestaltend wirken muß.

Ist in einem endgültig abschließenden Verfahren durch Zwischenurteil nach § 274 f. ZPO die Zulässigkeit des streitigen Rechtsweges für einen Prozeß, der auf Ernennung oder Abberufung eines Liquidators abzielt, rechtskräftig bejaht, so muß nunmehr eine Entscheidung in der Sache selbst ergehen. Das Vorliegen der Prozeßvoraussetzung kann nicht mehr verneint werden, weil sonst das Zwischenverfahren über das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzung in der Luft schweben würde [119]). Das Gericht kann daher im Endurteil die Ernennung oder Abberufung eines Liquidators nicht deswegen ablehnen, weil dies durch eine im streitigen Verfahren ergehende Entscheidung nicht geschehen könne; denn damit würde das Gericht die soeben rechtskräftig bejahte Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs wieder verneinen. Eine Entscheidung, deren Erlaß prozessual notwendig ist, kann nicht nichtig sein. Das die Ernennung oder Abberufung eines Liquidators aussprechende Urteil ist daher gültig. Es bildet die Grundlage für eine Gestaltungswirkung, genau so als ob die Prozeßvoraussetzung der Zulässigkeit des streitigen Rechtsweges vorgelegen hätte.

Das Gleiche muß aber auch gelten, wenn ein Sonderverfahren nach § 275 ZPO nicht stattgefunden hat, denn das Vorhandensein

---

Entscheidung nur deshalb rechtlich unerträglich ist, weil sie rechtsfremd ist. — Vgl. im übrigen zu der Frage der Nichtigkeit noch Rosenberg S. 225, der eine Entscheidung als nichtig betrachtet, die keine Wirkungen hat. Rosenberg gibt damit eine Zirkeldefinition, denn die Wirkungslosigkeit ist ja gerade eine Folge der Nichtigkeit.

[119]) Vgl. Hein, Identität Bd. I S. 344, 345.

eines Zwischenurteils über die Prozeßvoraussetzungen kann nicht dafür maßgebend sein, ob ein Urteil, das trotz objektiver Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs ergangen ist, Wirksamkeit hat [120]).

Somit schließt das Fehlen der Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs es nicht aus, daß eine trotzdem ergangene Sachentscheidung Grundlage für eine Gestaltungswirkung wird. Daher müssen auch einstweilige Verfügungen, die trotz Fehlens einer Prozeßvoraussetzung ergehen, eine Gestaltungswirkung haben können.

II. Eine andere Frage ist es, ob im konkreten Fall eine einstweilige Verfügung Grundlage einer Gestaltungswirkung sein kann. In den meisten Fällen tritt eine Gestaltungswirkung nur mit der Rechtskraft eines Urteils ein, das in einem endgültig abschließenden Verfahren ergangen ist [121]); in anderen Fällen, wie z. B. bei der Ernennung eines Sequestors nach § 938 Abs. 2 ZPO, aber auch schon mit dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung [122]).

Maßgebend ist, ob eine einstweilige Verfügung rechtsgestaltend wirken würde, wenn der streitige Rechtsweg zulässig wäre. Diese Frage ist bezüglich der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren zu bejahen. In den Bestimmungen [123]), die sich mit der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren befassen, ist weder eine bestimmte Form der Entscheidung, noch deren Rechtskraft als Voraussetzung für die Gestaltungswirkung vorgeschrieben. Vor Erlaß des FGG vom 17. Mai 1898 war für die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren der streitige Rechtsweg zulässig, und zwar sowohl nach dem jetzigen HGB vom 10. Mai 1897, wie nach dem alten Handelsgesetzbuch [124]). Die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren mußte damals, wenn Gefahr im Verzuge war, im Wege einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen werden.

Der durch eine einstweilige Verfügung ernannte Liquidator ist Liquidator, der durch eine einstweilige Verfügung abberufene Liquidator hat seine Liquidatorstellung verloren. Das Registergericht muß die erforderlichen Eintragungen vornehmen [125]).

---

[120]) Vgl. Hein, Identität Bd. I S. 345.

[121]) Vgl. z. B. § 629 ZPO.

[122]) Daß die einstweilige Verfügung, durch die ein Sequestor ernannt wird, ein Gestaltungsakt ist, kann keinem Zweifel unterliegen: Die einstweilige Verfügung schafft eine Rechtsfolge, die bisher nicht vorhanden war und ohne sie nicht vorhanden sein würde; sie begründet ein Rechtsverhältnis, spricht also aus, was wird, wirkt konstitutiv (vgl. Rosenberg S. 267).

[123]) Vgl. §§ 146 Abs. 2, 147, 161 Abs. 2, 295 Abs. 2, 331, 320 Abs. 3 HGB; 66 Abs. 2 GmbHG.

[124]) Vgl. RG 29, 352; 30, 320.

[125]) Vgl. § 148 HGB — im Erg. zutr. Josef, EV des Proz.-Ger. S. 22 — A. A.: Schlegelberger Bd. II S. 828 A. 2 zu § 145 FGG.

Kapitel IV.

§ 8.

Grenzen der Berechtigung gerichtlicher Organe zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Schiedsgerichten.

Die ZPO[126]) gestattet den Abschluß einer Vereinbarung, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits durch Schiedsgerichte erfolgen solle. Im Folgenden ist zu untersuchen, welche Bedeutung die Vereinbarung eines Schiedsgerichts für den Sicherungsprozeß hat.

I. Zunächst ist zu erörtern, ob ein Sicherungsprozeß vor einem Schiedsgericht stattfinden kann.

1. In der ZPO ist nicht bestimmt ,ob ein Sicherungsprozeß vor einem Schiedsgericht zulässig ist. Die Bestimmung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch Schiedsrichter erfolgen kann, steht der Zulässigkeit eines Sicherungsprozesses vor einem Schiedsgericht nicht entgegen[127]), denn auch im Sicherungsprozeß wird über einen Rechtsstreit entschieden[128]).

Folgende Gründe sprechen aber gegen die Zulässigkeit eines Sicherungsprozesses vor den Schiedsgerichten.

Der Sicherungsprozeß ist ein Schnellverfahren, das den Zweck verfolgt, in Fällen dringender Gefahr sofortige Hilfe zu bringen. Dieser Zweck des Sicherungsprozesses kann durch ein Verfahren vor einem Schiedsgericht nicht erreicht werden. Außerdem ergibt sich aus zwingenden Gesetzesbestimmungen, daß ein Sicherungsprozeß vor den Schiedsgerichten undurchführbar ist.

a) Die im Sicherungsprozeß erforderliche Glaubhaftmachung[129]) der tatsächlichen, zur Begründung eines Sicherungsbegehrens dienenden Behauptungen erfolgt in der Regel durch Abgabe eidesstattlicher Versicherungen. Den Schiedsgerichten ist aber die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen nicht gestattet. Zwar ist in der ZPO nur bestimmt, daß die Schiedsgerichte nicht zur Abnahme von Eiden berechtigt sind[130]). Das Recht zur Entgegennahme von eidesstattlichen Versicherungen ist aber ein Ausfluß des Rechts zur Abnahme von Eiden. Denn die eidesstattliche Versicherung ist wie der Eid ein Mittel zur Wahrheitserforschung, für das die sich aus der Strafandrohung[131]) ergebende Garantie Wesensmerkmal ist. Eine strafrechtliche Ahndung der vor einem Schiedsgericht abgegebenen eidesstattlichen

---

[126]) Vgl. §§ 1025 ff., 274 Ziffer 3 ZPO.

[127]) Anderer Ansicht Rosenberg S. 586, § 172 I. (Das Schiedsgericht sei nur zu Entscheidungen berufen, dürfe also nur die Urteilstätigkeit der staatlichen Gerichte ersetzen; der Erlaß von Arresten und e.V. stehe den Schiedsgerichten nicht zu.) Aehnlich von Staff S. 100; Rspr. 23, 167.

[128]) Vgl. oben § 1 II 1.

[129]) Vgl. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO.

[130]) Vgl. § 1035 Abs. 2 ZPO.

[131]) Vgl. §§ 154, 156 StGB.

Versicherungen ist aber nicht möglich[132]). Hieraus ergibt sich, daß die Macht, durch Eide und eidesstattliche Versicherungen die Wahrheit zu erforschen, den Schiedsgerichten, deren Befugnisse auf Parteiwillen beruhen, nicht übertragen ist und ihnen auch durch Vereinbarung nicht übertragen werden kann. Hält demnach ein Schiedsgericht die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung für erforderlich, so muß es die Entscheidung aussetzen, bis auf Antrag einer Partei die eidesstattliche Versicherung von dem zuständigen Gericht abgenommen ist[133]). Die hierdurch bedingte Verzögerung des Verfahrens vor dem Schiedsgericht würde mit dem Zweck des Sicherungsprozesses unvereinbar sein. — Die Unzweckmäßigkeit eines Sicherungsprozesses vor den Schiedsgerichten zeigt sich auch darin, daß diese keine vollstreckbaren Entscheidungen herbeiführen können. Das umständliche Verfahren bei Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte zum Zwecke der Herbeiführung der Vollstreckbarkeit würde dem Charakter des Sicherungsprozesses als eines Schnellverfahrens widersprechen[134]). Insbesondere würde stets die Gefahr bestehen, daß die Entscheidung des Schiedsgerichts im Wege der Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO aufgehoben oder daß die Vollstreckbarerklärung nach §§ 1041, 1042 ZPO abgelehnt wird.

b) Daß ein Sicherungsprozeß vor den Schiedsgerichten nicht nur unzweckmäßig, sondern sogar unzulässig ist, ergeben folgende Erwägungen. Eine Vollstreckbarkeitserklärung von vorläufigen Entscheidungen der Schiedsgerichte ist nicht zulässig. Die Vollstreckbarkeitserklärung setzt einen „Schiedsspruch" voraus. Unter einem Schiedsspruch kann aber nur eine unabänderliche Entscheidung verstanden werden, denn das Gesetz legt den Schiedssprüchen im Verhältnis der Parteien zueinander die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils bei[135]).

Die gleiche Auffassung wird im Schrifttum[136]) und in der Rechtsprechung[136]) bezüglich der Wirkung einer erstinstanzlichen

---

[132]) Uebereinst.: Kg. in JW 1926 S. 2219 f. Nr. 1 u. W. Kisch ebenda; Baumbach Anm. 3 zu § 1035 S. 1390; abweichend: Nußbaum in JW 1926 S. 2221 mit der unzutreffenden Begründung, die eidesstattliche Versicherung sei eine private Erklärung.

[133]) Vgl. §§ 1036, 1045 ZPO.

[134]) Aehnlich Stein-J. Anm. V I zu § 1025 S. 1090 und Anm. I zu § 943 S. 1004 (Die Entscheidungen der Schiedsgerichte seien keine Vollstreckungstitel. Daher sei das Schiedsgericht zum Erlaß des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung nicht zuständig); vgl. ferner Baumbach Anm. V zu § 1034 S. 1387; Förster-Kann Anm. 6 r zu § 1034 ZPO S. 1025 (Das Arrestverfahren sei auf ohne Weiteres vollziehbare Anordnungen gerichtet); Rspr. 23, 167.

[135]) Vgl. § 1050 ZPO.

[136]) Vgl. Stein-J. Anm. III 1 zu § 1042 S. 1142; Baumbach Anm. 1 A zu § 1039 S. 1393; Baumbach, Schiedsverfahren S. 147; RG 69, 52; 74, 307; 114, 168 f.; A. A. Förster-Kann Bd. II Anm. 2 zu § 1039 S. 1030 ff., der zwar die Entscheidung eines Schiedsgerichts I. Instanz ebenfalls nicht als „Schiedsspruch" ansieht, so lange die Entscheidung nicht rechtskräftig geworden ist, aber gleichwohl aus „praktischen Gründen" derartige Entscheidungen einem definitiven Schiedsspruch gleichsetzen will. Aehnlich Richter, das deutsche Schiedsgerichtsverfahren S. 76.

schiedsgerichtlichen Entscheidung vertreten, wenn eine zweite schiedsgerichtliche Instanz vereinbart ist. Man sieht hier die erstinstanzliche Entscheidung des Schiedsgerichts nicht als einen den Erfordernissen des § 1039 ZPO entsprechenden Schiedsspruch an, und läßt eine Vollstreckbarkeitserklärung im Falle der Einlegung der Berufung erst für den Schiedsspruch zweiter Instanz zu.

Da die Entscheidungen des Sicherungsprozesses nicht unabänderlich sind [137]), könnten die Entscheidungen eines Schiedsgerichts, die in einem Sicherungsprozeß ergangen sind, keine Vollstreckungsgrundlage bilden.

Würde man sich aber über die geäußerten Bedenken hinwegsetzen und in einer im Sicherungsprozeß ergangenen Entscheidung eines Schiedsgerichts einen Schiedsspruch im Sinne des Gesetzes erblicken, so könnte und müßte dieser für vollstreckbar erklärt werden. Der rechtskräftig für vollstreckbar erklärte Schiedsspruch könnte dann aber nur im Wege der Klage aus den im § 1041 Nr. 6 ZPO angeführten Gründen aufgehoben werden.

Eine Aufhebung dieses Schiedsspruchs durch eine spätere Entscheidung eines Schiedsgerichts wäre unzulässig. Die Auffassung, daß eine im Sicherungsprozeß ergangene Entscheidung ein Schiedsspruch im Sinne der ZPO sei, würde demnach zur Folge haben, daß die Klageerhebung in der Hauptsache gemäß § 926 ZPO nicht mehr erzwungen werden könnte. Denn die Nichterhebung der Klage in der Hauptsache würde unter keinen der Aufhebungsgründe des § 1041 Nr. 6 fallen. Würde der Antragsteller die Klage im endgültig abschließenden Verfahren erheben und mit der Klage abgewiesen werden, so würde dies ebenfalls nicht zu einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 927 ZPO führen. Ein Grund zur Erhebung der Aufhebungsklage nach §§ 1041 Ziffer 6, 1043 ZPO ist auch hier nicht gegeben. Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem im Sicherungsprozeß ergangenen Schiedsspruch gemäß § 775 ZPO kommt auch nicht in Betracht, da durch die Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren die Sicherungsentscheidung nicht aufgehoben werden kann.

2. Erläßt ein Schiedsgericht einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung und wird eine solche Entscheidung nach §§ 1042—1042 d ZPO für vollstreckbar erklärt, so besteht nach dem soeben Ausgeführten keine Möglichkeit, die Entscheidung oder ihre Vollstreckbarkeit wegen Nichterhebung der Klage im Hauptverfahren oder wegen einer in diesem erfolgten Klagabweisung nach §§ 926, 927 ZPO aufzuheben. Somit würde von den Schiedsgerichten im Sicherungsprozeß endgültig, nicht vorläufig entschieden werden. Die in §§ 926, 927 ZPO zum Ausdruck gebrachte vorläufige Natur der Entscheidungen des Sicherungsprozesses bildet aber ein begriffmäßiges Erfordernis dieses Verfahrens; sie ist das notwendige Gegenstück zu dem Verbot einer vollständigen Beweisaufnahme. Hieraus ist zu folgern, daß die Entscheidungsgewalt, die durch einen Schiedsvertrag den Schiedsgerichten übertragen werden kann, den Erlaß von Entscheidungen im Siche-

[137]) Vgl. §§ 926, 927 ZPO.

rungsprozeß nicht mit umfaßt. Ein an ein Schiedsgericht gerichtetes Gesuch auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung zielt auf eine Entscheidung ab, die das Schiedsgericht auch dann nicht erlassen kann, wenn die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für den Sicherungsprozeß ausdrücklich vereinbart ist, weil die Zuständigkeit für eine derartige Entscheidung nach dem Gesetz den Schiedsgerichten nicht übertragen werden kann. Das Gesuch ist daher wegen Unzuständigkeit des Schiedsgerichts als unzulässig abzuweisen.

II. Aus der Unzulässigkeit eines Sicherungsverfahrens vor den Schiedsgerichten folgt, daß für den Sicherungsprozeß stets die Staatsgerichte zuständig sind. Denn die Einrede, daß die Entscheidung eines Rechtsstreits durch Schiedsgerichte zu erfolgen habe, greift nur insoweit durch, als ein Verfahren vor einem Schiedsgericht zulässig ist[138]).

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt die in Schrifttum und Rechtsprechung herrschende Ansicht[139]).

Nach Ansicht des Kammergerichts[140]) soll die Frage, ob ein Sicherungsprozeß vor die ordentlichen Gerichte oder die Schiedsgegerichte gehört, nach dem Sinn der Parteivereinbarung entschieden werden.

Diese Auffassung enthält eine Vorwegnahme der Hauptfrage, indem sie die Zulässigkeit eines Sicherungsverfahrens vor den Schiedsgerichten unterstellt.

Denkbar ist allerdings, daß aus einer Parteivereinbarung ein Verzicht auf gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs im Sicherungsprozeß zu entnehmen ist. Ein solcher Verzicht kann z. B. in der Vereinbarung gesehen werden, daß jedes Verfahren vor den ordentlichen Staatsgerichten ausgeschlossen sein soll[141]). Ob eine solche Vereinbarung zulässig ist, entscheidet sich danach, ob allgemein die Möglichkeit eines rechtsgeschäftlichen Verzichts auf gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs besteht. Diese Frage ist zu bejahen. Wenn ein Verzicht auf einen Anspruch als solchen möglich ist, muß auch ein Verzicht möglich sein, der sich nur auf die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs bezieht (arg. a majori ad minus)[142]). Der Verzicht auf die gerichtliche Geltendmachung begründet ähnlich wie der Schiedsvertrag ein Prozeßhindernis[143]).

---

[138]) Vgl. Rspr. 23, 167.

[139]) Vgl. Stein-J. Anm. V 1 zu § 1025; Anm. I zu § 943 S. 1004; Förster-Kann Anm. 6r zu § 1034 S. 1025; Rsp. 23, 167; — Von Staff S. 100; Rosenberg S. 568 — Richter. Das deutsche Schiedsgerichtsverfahren S. 22; RG 31 S. 375.

[140]) Vgl. JW 1921 S. 251 gleich SA 75 S. 348 Nr. 204 (Der Umstand, daß ein Sicherungsprozeß ein Schnellverfahren sei, spreche gegen die Annahme der vertragsmäßigen Ausdehnung des Schiedsgerichtsverfahrens auch auf derartige Fälle. Hiernach sei der Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch die ordentlichen Gerichte „im allgemeinen" unbedenklich).

[141]) Vgl. LZ 19, 501.

[142]) Vgl. zutreffend Reichel in Jher. Jhrb. 59, 466; Planck-Siber II S. 26.

[143]) Vgl. hierzu Stein-Jonas Anm. 1 zu § 514 über den Verzicht auf die Berufung vor Erlaß des Urteils erster Instanz.

Somit wird durch eine neben dem gewöhnlichen Schiedsvertrag getroffene Abrede, daß jedes Verfahren vor den ordentlichen Staatsgerichten ausgeschlossen sein soll, ein Prozeßhindernis geschaffen, dessen Geltendmachung auch in einem vor den ordentlichen Gerichten angestrengten Sicherungsprozeß zur Abweisung als unzulässig führt.

Das Schrifttum steht meist auf einem abweichenden Standpunkt. Stein-Jonas[144]) hält einen Verzicht auf Geltendmachung eines Anspruchs im Sicherungsprozeß ohne nähere Begründung für unzulässig, obwohl er den Verzicht auf die Berufung vor Erlaß eines Urteils erster Instanz für zulässig hält[145]). Von Staff[146]) hält einen völligen Verzicht auf den Sicherungsprozeß für unzulässig, vertritt aber die Auffassung, daß die Parteien sich verpflichten könnten, Arreste und einstweilige Verfügungen nach Zusammentritt eines Schiedsgerichts nur mit dessen Zustimmung auszubringen, vorher erwirkte aber aufzuheben. Was geschehen soll, wenn die Parteien dieser Verpflichtung nicht nachkommen, sagt von Staff nicht. Ebensowenig gibt er eine Begründung für seine Ansicht, für die das Gesetz keine Anhaltspunkte bietet. — Zweifel über die Zulässigkeit des Verzichts äußert Richter[147]) im Hinblick auf den öffentlichrechtlichen Charakter des Zivilprozesses. Es ist aber nicht einzusehen, warum ein Verzicht auf öffentlich-rechtliche Befugnisse unzulässig oder unwirksam sein soll[148]), zumal die ZPO selbst einen Verzicht auf prozessuale Befugnisse kennt.

Abschnitt II.
Grenzen des Kreises der Subjekte, gegen die sich eine einstweilige Verfügung richten darf.

Kapitel I.
Einstweilige Verfügungen gegen Dritte.

§ 9.
Einstweilige Verfügungen gegen Dritte, am Sicherungsprozeß unbeteiligte Personen.

Unter dem Gesichtspunkt der „einstweiligen Verfügungen gegen Dritte" werden im Schrifttum und in der Rechtsprechung zwei verschiedene Fragen erörtert, nämlich:

1. Sind einstweilige Verfügungen denkbar, die auf die Rechtslage einer am Sicherungsprozeß unbeteiligten Person unmittelbar einwirken, also einstweilige Verfügungen, die einer Person, die nicht Antragsgegner ist, etwas gebieten oder verbieten?

---

144) Stein-Jonas Anm. V 1 zu § 1025 S. 1090.
145) Vgl. oben Fußnote 143.
146) A. a. O. S. 103.
147) A. a. O. S. 22.
148) Vgl. zutreffend Reichel, Jher. J. 59, 446 unter Hinweis auf Prozeßvergleich, Schiedsklausel, Verzicht auf Berufung.

2. Sind einstweilige Verfügungen möglich gegen einen Antragsgegner, der nicht Schuldner oder selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers ist?

Im folgenden soll zunächst die erste dieser beiden Fragen erörtert werden.

I. 1. Entstehung, Abwicklung und Beendigung des Sicherungsprozesses lassen sich einheitlich erfassen mit dem Grundbegriff eines dreiseitigen Prozeßrechtsverhältnisses. Der Staat bildet im Prozeßrechtsverhältnis ein neutrales Rechtssubjekt, das über den in gegensätzlichen Rechtslagen befindlichen Teilnehmern des Prozeßrechtsverhältnisses, den Parteien, steht und zu deren Auseinandersetzung berufen ist; er hat über die Rechtsverhältnisse zu entscheiden, die zwischen diesen Subjekten des Prozeßrechtsverhältnisses streitig sind [149]). Im Sicherungsprozeß sind diese Subjekte der Antragsteller und der Antragsgegner. Der Staat darf daher einem prozeßfremden Dritten, also einer Person, die weder als Antragsteller noch als Antragsgegner am Sicherungsprozeß beteiligt ist, nicht unmittelbar etwas gebieten oder verbieten.

Zu diesem Ergebnis führt auch die Erwägung, daß ein am Sicherungsprozeß unbeteiligter Dritter auf die Findung der Entscheidung keinen Einfluß haben kann: Er kann gegen die ohne mündliche Verhandlung erlassene Entscheidung keinen Widerspruch einlegen, da hierzu nur der Antragsgegner berechtigt ist (arg. § 924 Abs. 2 ZPO: „Die widersprechende Partei"), und kann, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet, an dieser nicht aktiv teilnehmen. Die Prozeßentscheidungen aber, die durch Parteien herbeigeführt und inhaltlich durch das Parteiverhalten bestimmt werden, dürfen grundsätzlich nicht in die Rechtsverhältnisse eines Dritten eingreifen, der an dem Prozeß nicht teilgenommen hat [150]).

Schließlich findet die hier vertretene Auffassung eine Stütze in § 938 Abs. 2 ZPO, denn dort ist bestimmt, daß „dem Gegner" eine Handlung geboten oder verboten werden kann, also nicht einer dritten, am Sicherungsprozeß unbeteiligten Person [151]).

2. Das Schrifttum gelangt zum Teil aus abweichenden Erwägungen heraus zu dem gleichen Ergebnis, daß eine einstweilige Verfügung sich unmittelbar nur gegen den Antragsgegner, nicht aber gegen dritte, am Sicherungsprozeß unbeteiligte Personen richten darf [152]).

Einige Schriftsteller [153]) — so namentlich Stein-J., Rosenberg, Drum — halten „einstweilige Verfügungen gegen Dritte" nur deswegen

---

[149]) Vgl. zu den Fragen des Prv.: Hein, Identität Bd. I S. 1 ff.; S. 167 ff., insbesondere S. 167 Anm. 11; Identität II S. 8 Anm. 15 II

[150]) Vgl. zutreffend Stein-J. Anm. I zu § 325 S. 952; Rosenberg S. 532.

[151]) Vgl. Rsp. 11 S. 118.

[152]) Vgl. zutreffend Rauprich-Pernitzsch S. 36 ff.; Stern S. 94, 100, 102; Hein, Handbuch S. 622; Neukamp Anm. 1 zu § 938; Sydow-Busch Anm. 1 zu § 938 S. 1196, sowie ferner: SA 74 S. 38 Nr. 21; JW 1918 S. 274; Rsp. 29, 275; 40, 434; RG 121, 185; Recht 1914 Nr. 1324.

[153]) Vgl. Stein-J. Anm. I 3 zu § 938, S. 990; Drum S. 22 ff. (Zwischen Antragsteller und Antragsgegner müßten rechtlich geordnete

nicht für möglich, weil die einstweilige Verfügung sich nur gegen den Anspruchs gegner richten könne. Wie die Ausführungen bei den erwähnten Schriftstellern und insbesondere die daselbst angeführten Entscheidungen[154]) zeigen, soll damit auch das Verbot von einstweiligen Verfügungen, die sich gegen andere Personen als den Antragsgegner richten, erklärt werden. Dies ist indes nicht möglich, denn eine dritte am Sicherungsprozeß unbeteiligte Person kann sehr wohl Anspruchsgegner des Antragstellers sein. Dies zeigen deutlich die im Folgenden angeführten Fälle, in denen besonders der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt worden ist, die sich inhaltlich gegen eine am Sicherungsprozeß unbeteiligte Person richten sollte.

II. Beispiele.

1. Es ist häufig versucht worden, in dem Streit zweier Personen um eine Sache eine einstweilige Verfügung zu erwirken, die sich außer gegen den Antragsgegner, der vertraglich zur Herausgabe der Sache verpflichtet war, auch gegen eine am Sicherungsprozeß nicht beteiligte Person richtete, der der Antragsgegner die im Streit befangene Sache zur Beförderung, Aufbewahrung oder Bearbeitung übergeben hatte. Insbesondere sollte der am Sicherungsprozeß unbeteiligten Person verboten werden, die Sache an den Antragsgegner oder überhaupt an andere Personen als den Antragsteller herauszugeben[155]).

2. In dem Streit zweier Personen um ein Sparkassenbuch ist beantragt worden, der am Sicherungsprozeß nicht als Antragsgegnerin beteiligten Sparkasse zu verbieten, an den im Besitz des Sparkassenbuches befindlichen Antragsgegner Zahlungen auf Grund des Sparkassenbuches zu leisten[156]).

3. Ein Antragsteller, der gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf eine Geldzahlung hatte, hat um den Erlaß einer einstweiligen

---

Beziehungen von Person zu Person oder von Person zur Sache bestehen, denn sonst wären sie ja unbeteiligte Dritte — a. a. O. S. 20/21 —. Ob ein Dritter unbeteiligt sei oder nicht, ergebe sich aus dem dargelegten Sinne des Rechtsverhältnisses; so seien einstweilige Verfügungen unstatthaft, die sich gegen Dritte und nicht gegen den Antragsgegner richten — S. 22 —). Vgl. ferner Rauprich-Pernitzsch S. 36 ff. (Die einstweiligen Verfügungen gegen Dritte am Verfahren Unbeteiligte seien auch aus den von Stein-J. angeführten Gründen, daß sich die Maßregeln innerhalb der Grenzen des zu sichernden Anspruchs halten müssen, unzulässig). Rosenberg S. 750.

[154]) Vgl. bei Stein-J. Anm. 1 zu § 938 S. 990, Fußnote 16: RG 121, 185; Rsp. 11, 118; 29, 275; 40, 434; JW 18, 274; SA 74, S. 38 Nr. 21; bei Rosenberg (a. a. O.); RG 121, 185; Rsp. 40, 434; bei Drum S. 22: Rsp. 11, 118.

[155]) Vgl. Rspr. 40, 434; Verbot an Dritten, der nicht Antragsgegner war, eine Sache herauszugeben. Vom LG erlassen, vom OLG aufgehoben. — Aehnlich in dem Falle RG 121, 135: Vom LG ist ein Verbot gegen einen Dritten erlassen worden; das RG erklärte dies im nachfolgenden Schadensersatzprozeß für unzulässig.

[156]) So zutreffend Rspr. 29, 275; Recht 1914 Nr. 1324; SA 74 S. 38 Nr. 21 (wie aus den Entscheidungen hervorgeht, hatten die Vorinstanzen z. T. abweichend entschieden).

Verfügung gebeten, durch die dem Arbeitgeber des Antragsgegners aufgegeben werden sollte, einen Teil des dem Antragsgegner zustehenden Lohnes einzubehalten und an den Antragsteller abzuführen[157]).

4. Schließlich ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt worden, durch die dem Personal des Antragsgegners aufgegeben werden sollte, einem Sequester Hilfe zu leisten[158]).

III. Zweifelhaft ist es, ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen eine am Sicherungsprozeß unbeteiligte Person überhaupt denkbar ist. Es ist nämlich zu erwägen, ob nicht in den Fällen, in denen sich eine einstweilige Verfügung scheinbar gegen einen am Sicherungsprozeß unbeteiligten Dritten richtet, der Dritte durch die Entscheidung in das Prozeßrechtsverhältnis einbezogen wird. Wird beispielsweise in dem oben erörterten Falle[159]) des Streites zweier Personen um ein Sparkassenbuch antragsgemäß der Sparkasse verboten, an den im Besitz des Sparkassenbuchs befindlichen Antragsgegner Zahlungen zu leisten, so ergibt sich die Frage, ob nicht die Sparkasse durch den Erlaß der einstweiligen Verfügung ebenfalls Antragsgegner des Sicherungsprozesses wird. — Die Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses erfolgt durch den Staatsakt der Klageannahme oder der Annahme des Gesuches auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung. Während die Prozeßgründung in den endgültig abschließenden Verfahrensarten eine Tatbestandswirkung des Terminsbeschlusses ist[160]), erfolgt sie im Sicherungsprozeß nur dann durch die Terminbestimmung, wenn eine mündliche Verhandlung anberaumt wird. Geschieht das nicht, so wird das Prozeßverhältnis mit der ersten aktenmäßigen Maßnahme des Gerichts begründet, die in einer prozessualen Zwischenverfügung (Herbeiziehung von Akten, Ersuchen an den Antragsteller oder Antragsgegner um schriftliche Aeußerung), vor allem aber auch in einer Entscheidung über das Gesuch auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung bestehen kann. Letzteres geschieht sogar häufig, wenn die Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen wird[161]).

Die Frage, wer durch Annahme des Gesuchs auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu einer Partei des Sicherungsprozesses wird, richtet sich nach dem Inhalt des Gesuches auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung: Der Staat bringt durch die Annahme des Gesuchs zum Ausdruck, daß er gemäß dem Inhalt des vorgelegten Schriftstückes zur Rechtschutzleistung bereit ist[162]). Daraus, daß die Bezeichnung der Parteien — im Gegensatz zu der Klageschrift in den endgültig abschließenden Verfahrensarten — kein Formerforder-

---

157) Vgl. zutreffend JW 1918 S. 274 (abweichend die vorinstanzl. Entsch. des LG).

158) Vgl. Rspr. 11, 118 (vom LG erlassen, vom OLG aufgehoben).

159) Vgl. oben II Fall 2 S. 32.

160) Vgl. Hein, Identität I S. 167 ff., insbes. S. 170 (sehr bestritten, z. T. wird die Entstehung des PRV auf den Zeitpunkt der Schriftsatzeinreichung zurückbezogen).

161) Vgl. Hein, Identität I S. 167 Abm. 11.

162) Vgl. Hein, Identität I S. 167/168.

nis für das Gesuch auf Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung bildet[163]), läßt sich keine Einschränkung des freien Dispositionsrechts des Antragstellers im Hinblick auf die Parteibestimmung ableiten. Ergibt sich aus den in dem Gesuch enthaltenen Erklärungen[164]), daß nur A Antragsgegner eines Sicherungsprozesses werden soll, so kann das Prozeßrechtsverhältnis nur zwischen dem Staat, dem Antragssteller, und A als Antragsgegner begründet werden; dadurch, daß eine antragsgemäß gegen A erlassene einstweilige Verfügung Rechte Dritter mittelbar oder unmittelbar berührt, wird der Dritte nicht in das Prozeßrechtsverhältnis einbezogen. Demnach würden sich in den oben angeführten Beispielen[165]) die beantragten einstweiligen Verfügungen gegen Dritte am Sicherungsprozeß unbeteiligte Personen richten. Sie dürfen daher nicht erlassen werden.

IV. Eine einstweilige Verfügung, die sich unmittelbar gegen eine am Sicherungsprozeß nicht als Antragsgegner beteiligte Person richtet, vermag keine Wirkungen hervorzubringen.

1. Die Grundsätze über die innere (sog. materielle) Rechtskraft finden bis zu einem gewissen Grade auch auf die formell rechtskräftigen Entscheidungen des Sicherungsprozesses Anwendung. Ist über ein Gesuch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtskräftig entschieden, so müssen die Gerichte in einem späteren Sicherungsprozeß, der den gleichen Rechtsstreit zwischen den gleichen Personen betrifft, an die erste Entscheidung gebunden sein, soweit nicht durch neue Tatsachen eine abweichende Entscheidung gerechtfertigt ist. Es würde mit der Autorität des Staates unvereinbar sein, wenn über den gleichen Rechtsstreit zwischen den gleichen Parteien einander widersprechende Entscheidungen getroffen würden[166]).

Eine solche Rechtskraftbindung besteht nicht im Verhältnis zu einer dritten, am Sicherungsprozeß nicht als Antragsgegner beteiligten Person, gegen die sich fälschlicherweise eine einstweilige Verfügung unmittelbar richtet. Die Wirkungen der Rechtskraft sind, von den Ausnahmefällen des § 325 ZPO abgesehen, auf die Prozeßparteien beschränkt[167]). Beantragt der Antragsteller, der die einstweilige Verfügung erwirkt hat, die sich inhaltlich gegen eine Dritte, am Sicherungsprozeß unbeteiligte Person richtet, gegen diese als Antragsgegner den Erlaß einer neuen einstweiligen Verfügung, so ist das Gericht an die frühere Entscheidung nicht gebunden.

2. Eine Vollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung ist grundsätzlich nur gegen solche Personen möglich, die in der den Vollstreckungstitel bildenden einstweiligen Verfügung als Antragsgegner

---

[163]) Vgl. §§ 920, 936 mit § 253 Abs. 2 Ziffer 1 ZPO.

[164]) Erklärungstheorie. Vgl. Hein, Identität I S. 17 ff., insbes. S. 20, S. 35 ff. Die entgegengesetzte Willenstheorie, nach der der Wille des Kl. bzw. Antragsstellers für die Parteibestimmung maßgebend ist, würde zu keinem anderen Ergebnis gelangen, wenn der Antragsteller will, daß A Antragsgegner werden, die e. V. sich aber inhaltlich gegen einen Dritten richten soll.

[165]) Vgl. oben S. 32 f.

[166]) Vgl. auch Stein-J. Anm. II 2 zu § 945, der von einer der Rechtskraft wesensgleichen Bindung an Entsch. des SP spricht.

[167]) Vgl. Stein-J. Anm. I zu § 325 S. 952; RG 71, 201; 80, 322.

aufgeführt sind[168]). Eine Vollstreckung gegen einen Dritten, der nicht Antragsgegner ist, kann nur dann erfolgen, wenn dem Antragsteller gegen den Dritten eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist. Eine solche kann aber nach §§ 929, 936 ZPO nur in den Fällen erteilt werden, in denen der Dritte nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger einer Partei geworden ist oder den Besitz der in Streit befangenen Sache erlangt hat (vgl. §§ 727, 325 ZPO). In den hier erörterten Fällen ist jedoch der Dritte nicht nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger oder Besitzer geworden, vielmehr hat die Rechtslage des Dritten nach Rechtshängigkeit keine Veränderung erfahren. Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die inhaltlich einem Dritten etwas gebieten oder verbieten soll, wird gerade deswegen gestellt, weil sich der Dritte bei Beginn des Sicherungsprozesses in einer bestimmten Beziehung zum Streitgegenstand befindet[169]).

V. Die zutreffende Behandlung der erörterten Fälle.

Die Entscheidung der Frage, wie der Antragsteller sich in Fällen der erörterten Art sichern kann, hängt zunächst davon ab, ob dieser gegen den Dritten einen Anspruch hat, dessen Sicherung er begehrt oder im Hinblick auf den er eine Zustandsregelung verlangt. Ist der Dritte Anspruchsgegner, so kann der Antragsteller meist gegen diesen als Antragsgegner den Erlaß einer einstweiligen Verfügung erwirken. Ist z. B. in dem oben erörterten Falle, in dem der Antragsteller gegen den mittelbaren Besitzer einer Sache als Antragsgegner den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragte, die sich gegen den unmittelbaren Besitzer richtete[170]), der Antragsteller Eigentümer der streitigen Sache, so hat er außer gegen den mittelbaren Besitzer, mit dem er in vertraglichen Beziehungen steht, nach §§ 985, 986 BGB auch einen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer. Er kann daher grundsätzlich auch gegen diesen als Antragsgegner den Erlaß einer einstweiligen Verfügung erwirken. Ob der Gefährdungsgrund, der zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung berechtigen würde, in der Person des unmittelbaren oder des mittelbaren Besitzers begründet liegt, ist nicht unbedingt entscheidend. Denn aus § 917 Abs. 2 ZPO ist zu entnehmen, daß die Gefährung, die zum Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung berechtigen würde, nicht von dem Antragsgegner auszugehen braucht[171]). Andererseits sind aber die Folgen die der

---

[168]) Vgl. § 750 ZPO, s. a. Hein, Identität I S. 59 ff.

[169]) Vgl. oben S. 32 II 1. Der Dritte ist dort bei Beginn des Sicherungsprozesses im Besitz der Sache, um die zwischen dem Antragssteller und Antragsgegner ein Streit besteht.

[170]) Vgl. oben II $_1$ S. 32.

[171]) Vgl. zutreffend, Hartmann S. 27; Stein-Jonas Anm. I zu § 917 S. 942; Förster-Kann Anm. 3 zu § 935; Stern S. 28; Eichhorn S. 66; Güthe S. 351 ff.; JW 1900 S. 393 Nr. 11; 1901 S. 557 Nr. 20; SA 38, 118; A. A. O. Hein, Handb. S. 598; 613 ff. mit der Einschränkung, daß eine Anspruchsgefährdung durch den Anspruchsgegner zu dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Haftungsgegner berechtige.

Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit sich bringt, in erster Linie der Person zuzumuten, durch deren Verhalten die Verwirklichung eines Anspruchs des Antragstellers oder der Rechtsfrieden gefährdet worden ist. Für ein Vorgehen gegen eine Person, von der keine Störung ausgegangen ist, fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn der Antragsteller durch ein Vorgehen gegen den Störer seine Interessen genügend schützen kann[172]).

§ 10.

Einstweilige Verfügungen gegen Dritte, die weder Anspruchs- noch selbständige Haftungsgegner sind.

I. Als gegen Dritte gerichtet werden auch solche einstweiligen Verfügungen angesehen, die sich gegen einen Antragsgegner richten, der weder Anspruchs- noch selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers ist, sondern lediglich zu dem Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner des Antragstellers in rechtlichen Beziehungen steht. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Antragsgegner, der weder Anspruchs-, noch selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers ist, ist meist in ähnlichen Fällen beantragt worden, in denen auch der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen am Sicherungsprozeß unbeteiligten Dritten beantragt worden ist[173]).

1. So ist z. B. der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Antragsgegner beantragt worden, der vom Schuldner des Antragstellers eine Sache zur Aufbewahrung erhalten hatte, obwohl der Antragsteller gegen den Antragsgegner unmittelbar keine Ansprüche geltend machen konnte[174]). Das beantragte Verbot, die Sache an den Schuldner des Antragstellers herauszugeben, durfte nicht erlassen werden.

2. Ferner gehört hierher folgender Fall: Der Antragsteller behauptet, von dem Besitzer eines Sparkassenbuchs dessen Herausgabe verlangen zu können, da er wahrer Inhaber des Sparkassenkontos sei; um Verfügungen des Besitzers des Buches über das Konto zu verhindern, beantragt er gegen die Sparkasse den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dieser die Vornahme von Auszahlungen an den Besitzer des Sparkassenbuches verboten werden soll.

Zur Sicherung des Anspruchs des Antragstellers gegen den Besitzer des Sparkassenbuchs auf Herausgabe und Unterlassung von Verfügungen darf keine einstweilige Verfügung gegen die Sparkasse erlassen werden, weil die Sparkasse insoweit weder Anspruchs- noch selbständiger Haftungsgegner ist.

---

[172]) Vgl. Steinberg S. 44 f.; Stern S. 94.
[173]) Vgl. oben § 9 II S. 32.
[174]) Vgl. JW 1925 S. 1417 (Das Verbot an den Antragsgegner, der weder Schuldner noch selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers war, ist von einem LG erlassen, vom KG aber mit Recht aufgehoben worden).

Aber auch zur Sicherung des gegen die Sparkasse gerichteten Anspruchs auf das Guthaben kann in dem erörterten Falle keine einstweilige Verfügung gegen die Sparkasse erlassen werden. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung kommt nur gegen solche Personen in Betracht, gegen die die Erhebung einer sachlich begründeten Klage möglich ist. Denn das Gesetz stellt, indem es in §§ 926, 936 ZPO als Folge der Nichterhebung der Klage die Aufhebung der einstweiligen Verfügung anordnet, das Bestehen der Klagemöglichkeit als sachliche Voraussetzung für den Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung auf[175]). Die Erhebung einer sachlich begründeten Verurteilungsklage ist aber nicht möglich, solange der Antragsteller das Sparkassenbuch nicht vorlegen kann und das Sparkassenbuch nicht aufgeboten ist. Denn bis zum Aufgebot kann der Beweis des Bestehens eines Anspruchs gegen die Sparkasse nur durch Vorlegung des Sparkassenbuchs geführt werden, da die Sparkasse nur bei Vorlegung des Sparkassenbuchs zur Leistung verpflichtet ist (§ 808 BGB)[176]). Für eine Feststellungsklage fehlt das Rechtsschutzinteresse, da der Antragsteller den Besitzer des Buches auf Herausgabe verklagen kann.

II. Wie bereits in der Einleitung ausgeführt[177]), bildet den Streitgegenstand des Sicherungsprozesses das Sicherungsbegehren aus einem behaupteten und bis zu einem gewissen Grade festzustellenden Rechtsverhältnis. Dieses Rechtsverhältnis muß ein solches sein, das zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner besteht. Das zeigen folgende Erwägungen:

a) Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO dienen dazu, die Verwirklichung des Rechts einer Partei zu schützen. Da die Verwirklichung eines Rechts, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen eines Gestaltungsrechts, nur im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann, dienen die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO dem Schutze der künftigen Zwangsvollstreckung[178]). Demnach können durch die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO nur solche Rechtsverhältnisse geschützt werden, die die Grundlage für eine Zwangsvollstreckung bilden können.

Zu einer Zwangsvollstreckung führen nur die Klagen auf Verurteilung zu einer Leistung oder auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Die Verurteilungsklagen richten sich nur gegen einen Anspruchsgegner, die Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung nur gegen einen selbständigen Haftungsgegner ergehen. Ob hierbei nur der Anspruchs- mit bestimmten Vermögensstücken einzustehen hat[179]). Demnach dürfen einstweilige Verfügungen nach § 935 ZPO nur gegen einen Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner erlassen werden, weil nur gegen diesen die Erhebung einer sachlich begründeten Verurteilungs- oder Duldungsklage und somit die Durchführung der Zwangsvoll-

[175]) Vgl. zutreffend Hartmann S. 9; Steinberg S. 71; Rauprich-Pernitzsch S. 57.
[176]) Vgl. Niemann S. 18; S. 41 ff.
[177]) Vgl. oben § 1.
[178]) Vgl. Hartmann S. 6; Steinberg S. 73.
[179]) Vgl. Hein, Duldung S. 1 ff.; 167—179; 310; Hartmann S. 6 ff.

streckung auf Grund einer Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren möglich ist[180]).

b) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940 ZPO haben die Aufgabe einen vorläufigen Zustand in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis herzustellen. Eine vorläufige Zustandsregelung erfolgt im Hinblick auf eine endgültige Regelung. Diese kann entweder im Wege der Zwangsvollstreckung, oder in den Fällen eines Gestaltungsrechts durch eine Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren durchgesetzt werden.

Im ersten Falle setzen die einstweiligen Verfügungen das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses voraus, das die Grundlage für eine Zwangsvollstreckung bilden kann. Zu einer Zwangsvollstreckung führen nur Klagen auf Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung. Daher dürfen die einstweiligen Verfügungen der hier erörterten Art nur zwischen einem Anspruchsinhaber und einem Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner ergehen. Ob hierbei nur der Anspruchsinhaber, oder auch ein Anspruchs- oder selbständiger Haftungsgegner als Antragsteller den Erlaß einer einstweiligen Verfügung erwirken kann, ist hier nicht entscheidend[181]).

Im zweiten Falle setzen die einstweiligen Verfügungen das Vorhandensein eines Rechts voraus, das die Grundlage für eine rechtsgestaltende Entscheidung bilden kann. Daher dürfen auf Grund eines Gestaltungsrechts einstweilige Verfügungen nur gegen solche Personen erlassen werden, denen gegenüber der Antragsteller ein Recht auf Rechtsänderung hat. Denn nur gegen diese Personen ist die Erhebung einer sachlich gerechtfertigten Gestaltungsklage möglich.

Gegen eine Person, die nur zu dem Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner des Antragstellers oder zu dem Gegner eines Gestaltungsrechts des Antragstellers in rechtlichen Beziehungen steht, aber nicht zu dem Antragsteller selbst, darf somit keine einstweilige Verfügung erlassen werden, denn gegen eine solche Person kann der Antragsteller aus eigenem Recht keine sachlich gerechtfertigte Klage erheben und somit auch sein Recht nicht endgültig durchsetzen.

Die Möglichkeit, nach §§ 829, 835 ZPO gegen einen Drittschuldner Klage zu erheben, hat der Gläubiger nicht aus eigenem, sondern nur aus dem von seinem Schuldner abgeleiteten Recht (vgl. § 836 Abs. 1 ZPO). Betreibt der Gläubiger gegen einen Drittschuldner auf Grund eines gegen diesen erstrittenen Urteils die Zwangsvollstreckung, so setzt er damit gegen den Drittschuldner nicht einen Anspruch durch, der die Grundlage für die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung aus eigenem Recht des Antragstellers (Gläubigers) bilden kann, sondern den Anspruch seines Schuldners[182]).

---

[180]) Vgl. Hartmann S. 6 ff.; Hein, Duldung S. 235; Drum S. 24; Rauprich-Pernitzsch S. 57 ff., 61 ff.; Stern S. 23; Eichhorn S. 39; Hein, Handbuch S. 598, 612; Stein-J. Anm. II zu § 935; Hellwig-Oertmann S. 455.

[181]) Vgl. hierzu unten § 18 S. 70 ff.

[182]) Aehnlich Rauprich-Pernitzsch S. 39 ff.; Drum S. 23; Hartmann S. 57 ff. und anscheinend auch Hellwig-Oertmann S. 57 (Eine einstweilige Verfügung, die einem Anderen, als dem „Prozeßgegner" ein

III. Zutreffende Behandlung der erörterten Fälle.

In den oben angeführten Fällen in denen der Antragsteller den Erlaß der einstweiligen Verfügung gegen einen Antragsgegner begehrt, der weder Anspruchs- noch selbständiger Haftungsgegner ist, zu einem solchen aber in rechtlicher Beziehung steht, kann der Antragsteller durch eine gegen den Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner gerichtete einstweilige Verfügung eine ausreichende Sicherung der Anspruchsverwirklichung oder des Rechtsfriedens erzielen. Das Gleiche gilt in den oben[183]) erörterten Fällen, in denen häufig der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner als Antragsgegner beantragt wird, die sich inhaltlich gegen einen am Sicherungsprozeß nicht beteiligten Dritten richtet. Auch hier bietet eine gegen den Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner als Antragsgegner gerichtete einstweilige Verfügung genügende Gewähr für eine Sicherung der Anspruchsverwirklichung oder des Rechtsfriedens. Im folgenden ist zu untersuchen, welche Anordnungen hier hauptsächlich in Betracht kommen.

a) Veräußerungsverbote.

In dem Streit zweier Personen um einen Gegenstand ist es möglich, durch Erlaß eines Veräußerungsverbotes eine bei einem Dritten befindliche Sache oder einen dem Anspruchsgegner des Antragstellers gegen einen Dritten zustehenden Anspruch zu erfassen.

aa) Ein Veräußerungsverbot gegen den Anspruchsgegner, der unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer einer Sache ist, schützt in der Regel den Antragsteller gegen eine Veräußerung seitens des Anspruchsgegners. Da ein im Wege einer einstweiligen Verfügung angeordnetes Veräußerungsverbot lediglich den Schutz des Antragstellers bezweckt, handelt es sich um ein relatives gerichtliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB[184]). Eine verbotswidrig erfolgte Veräußerung ist dem Antragsteller gegenüber nach § 135 BGB unwirksam, sofern nicht der Erwerber durch die Vorschriften für den Erwerb vom Nichtberechtigten[185]) geschützt wird. Da der Erwerber nach den Vorschriften einen Schutz entweder genießt, wenn er keine Kenntnis von dem Verbot gehabt hat, oder sofern es auf das Kennenmüssen ankommt, wenn seine Unkenntnis des Verbots nicht

---

Verhalten anbefehle sei unzulässig, weil auch die „eigentliche Zwangsvollstreckung" sich nicht gegen Dritte richten könne. Offenbar meint er damit, daß eine einstweilige Verfügung nur gegen eine solche Person zulässig sei, die als Prozeßgegner im endgültig abschließenden Verfahren in Betracht kommt.

[183]) Vgl. § 9 II S. 32 f.

[184]) Vgl. zutreffend Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB S. 40; Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte S. 31, Kirschbaum, Das richterliche Veräußerungsverbot S. 42; Sydow-Busch Anm. 5 zu § 938 ZPO. — Ob es absolute gerichtliche Veräußerungsverbote überhaupt gibt, ist bestritten. Bejahend Raape S. 90 ff., Schachian S. 31. — Diese Frage ist indes hier nicht zu erörtern, da für die einstweiligen Verfügungen stets nur ein relatives gerichtliches Veräußerungsverbot in Betracht kommt.

[185]) Vgl. insbesondere §§ 932 ff. BGB; 366 HGB, 1032; 1207, 1208, 1244 BGB; — Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. I S. 213.

auf grober Fahrlässigkeit beruht[186]), ist es erforderlich, die als Erwerber in Betracht kommenden Personen von dem Veräußerungsverbot in Kenntnis zu setzen. Eine Zustellung der einstweiligen Verfügung an diese Personen ist zweckmäßig, aber weder erforderlich, noch in allen Fällen ausreichend, um eine nach den Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten wirksame Veräußerung auszuschließen.

bb) Soll eine Verfügung des Anspruchsgegners des Antragstellers über einen Anspruch verhindert werden, so kommt als geeignete Sicherungsmaßnahme ein Verbot in Betracht, über den Anspruch zu verfügen. Nach dem Wortlaut der §§ 135, 136 BGB kann es zweifelhaft sein, ob in diesen Bestimmungen mit dem Ausdruck „Veräußerung" lediglich das Aufgeben eines Rechts zum Zwecke der Uebertragung auf einen Andern gemeint sein soll, oder ob der Ausdruck „Veräußerung" gleichbedeutend mit „Verfügung" sein soll. Raape[187]) entnimmt aus den Worten des § 135 BGB „Verstößt die Verfügung . . .", daß mit Veräußerungsverbot ein Verfügungsverbot gemeint sei. Zwingend ist dieser Schluß nicht. Man könnte umgekehrt auch sagen, daß nur solche Verfügungen gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen, die eine „Veräußerung" im eigentlichen Sinne des Wortes darstellen. Für die Ansicht von Raape spricht aber die Entstehungsgeschichte der §§ 135, 136 BGB. Sie zeigt, daß der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „Veräußerung" Uebertragungen durch Aufhebung eines Rechts, sowie Belastungen einer Sache oder eines Rechts verstanden hat, und daß unter die Aufhebung auch das Einziehen einer Forderung, die Erfüllungsannahme fällt[188]).

Hiernach kommt das Verbot über einen Anspruch zu verfügen, als geeignete Sicherungsmaßnahme in Betracht, wenn sich eine Sache, die der Antragsgegner dem Antragsteller herauszugeben hat, bei einem Dritten befindet, der dem Antragsgegner gegenüber herausgabepflichtig ist. Das Verbot an den Antragsgegner, über den gegen den Dritten bestehenden Herausgabeanspruch zu verfügen, verhindert die Herausgabe der Sache an den Antragsgegner. Würde nämlich der Dritte die Sache trotz des Verbots an den Antragsgegner herausgeben, so würde der Antragsgegner durch Annahme der Sache über seinen Herausgabeanspruch verfügen. Diese Verfügung wäre dem Antragsteller gegenüber unwirksam. Der Antragsteller könnte, wenn er die Sache vom Antragsgegner nicht erhält, auf Grund eines Urteils, das die Verpflichtung des Antragsgegners zur Herausgabe der Sache an den Antragsteller ausspricht, den Anspruch des Antragsgegners

[186]) Vgl. Motive zu den Entwurf eines BGB Bd. 1 S. 213 ff.
[187]) Raape a. a. O. S. 182.
[188]) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines BGB a. a. O. S. 213; zustimmend Raape S. 182; Schachian S. 29; Kirschbaum S. 37; vgl. auch SA 74, 274. — Unklar Staudinger Anm. 1 zu § 135; Einleitung VIII B vor § 104 BGB, der unter Veräußerung nur das Aufgeben eines Rechtes zum Zwecke der Uebertragung auf einen Anderen versteht, aber trotzdem das Verbot, eine Forderung einzuziehen, als Veräußerungsverbot ansieht (Anm. 3 d zu § 135). — Zum Teil abweichend Enneccerus, Lehrbuch Bd. I 1, § 134 II, § 135, nach dem Verzicht und Belastung nicht unter den Begriff Veräußerung fallen.

gegen den Dritten pfänden und sich überweisen lassen, und, wenn der Dritte nicht mehr zur Herausgabe in der Lage ist, auch von diesem Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Zu beachten ist, daß auch im Falle des Verbots der Verfügung über einen Anspruch der in Unkenntnis des Verbots leistende Schuldner nach § 135 Abs. 2 BGB geschützt wird. Denn aus § 407 BGB ist der Grundsatz zu entnehmen, daß ein Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn er in Unkenntnis einer Abtretung, eines Verbots, einer Verfügungsentziehung geleistet hat[189]).

Da das Veräußerungsverbot sich auch in diesem Falle nur gegen den Antragsgegner richtet, ist eine Zustellung an den Drittschuldner nicht erforderlich; § 829 Abs. 3 ZPO ist nicht anwendbar, denn es handelt sich hier nicht um die Erlangung eines Pfandrechts, also um die Herstellung einer unmittelbaren Beziehung zu dem Drittschuldner, sondern um ein Verbot an den Antragsgegner[190]). — Erfolgt, was zweckmäßig ist, eine Zustellung auch an den Drittschuldner, so kommt es trotzdem darauf an, ob dieser bei der Leistung an den Antragsgegner das Verbot wirklich kannte.

cc) Fraglich ist es, ob eine einstweilige Verfügung, die dem nichtberechtigten Besitzer eines Sparkassenbuches die Verfügung über das Sparkassenguthaben verbietet, die Wirkungen eines relativen Veräußerungsverbots hat. Denn die Sparkasse ist nach § 808 Abs. 1 BGB grundsätzlich berechtigt, wenn auch nicht verpflichtet, an den Inhaber des Sparkassenbuches zu zahlen; hat daher die Sparkasse trotz des Verbots an den Inhaber des Buches das Guthaben ausgezahlt, so kann der wahre Berechtigte, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot erlassen ist, nicht noch einmal Auszahlung des Guthabens verlangen[191]). In der Regel wird sich aber die Sparkasse gemäß §§ 823 Abs. 2, 826 BGB durch eine Auszahlung an den Inhaber des Sparkassenbuches schadensersatzpflichtig machen, wenn sie in Kenntnis des Verfügungsverbotes an diesen auszahlt[192]). Der Antragsteller kann in diesem Falle Zahlung des Wertes des Guthabens verlangen, soweit dies an den nichtberechtigten Inhaber des Buches ausgezahlt ist. Demnach hat das gegen den nichtberechtigten Inhaber eines Sparkassenbuches gerichtete Veräußerungsverbot wenigstens tatsächlich[193]) die Wirkungen eines relativen Veräußerungsverbotes.

---

[189]) So zutreffend Raape a. a. O. S. 64, insbesondere Anm. 3 unter besonderer Berücksichtigung von § 8 KO; 22 ZVG; §§ 1070 Abs. 1, 1275 BGB. Ebenso Planck § 135 Anm. 5 und jetzt auch Staudinger Anm. 3 d zu § 135 (letzterer aber nur aus Billigkeitserwägungen). — Abweichend die Auffassung der Motive zum BGB a. a. O. S. 214.

[190]) Ebenso Raape S. 65 (in Anm. e zu S. 64).

[191]) Vgl. Staudinger Anm. II 1 b zu § 808 S. 1645 ff.; Planck Anm. 3 b zu § 808 S. 1593, 3 c S. 1594 (Befreiende Wirkung der Leistung auch bei Kenntnis der Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Inhabers des Buches); Jäger Anm. 21 zu § 8 KO. — Vgl. auch § 793 Abs. 1 Satz 2.

[192]) Vgl. RGR-Komm. Anm. 2 zu § 808 S. 491; Planck Anm. 3 b zu § 808 S. 1593; Jäger Anm. 21 zu § 8 KO S. 203; RG 89, 403.

[193]) Vgl. Jäger Anm. 21 zu § 8 KO (Befreiungserfolg und schuldrechtliche Verantwortlichkeit seien scharf zu scheiden). — In SA 74 S. 274 Nr. 153 wird dies offenbar übersehen, denn dort werden die

b) Einstweilige Verfügungen als Grundlage für einen Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß.

Die Erfassung eines Anspruchs, den ein Anspruchs- oder selbständiger Haftungsgegner des Antragstellers gegen einen Dritten hat, ist auch durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung möglich, die sich gegen den Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner des Antragstellers richtet und die Grundlage für den Erlaß eines Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses bildet.

aa) Befindet sich eine Sache bei einem Dritten, der dem Antragsgegner gegenüber herausgabepflichtig ist, so kann der Antragsteller eine einstweilige Verfügung erwirken, die dem Anspruchsgegner, der mittelbarer Besitzer der Sache ist, die Herausgabe der Sache an einen Sequester aufgibt. Auf Grund dieser einstweiligen Verfügung kann dann der Antragsteller nach den Grundsätzen über die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen (§§ 936, 928; 886, 829, 835 ZPO) die Herausgabe der bei dem Dritten befindlichen Sachen an den Sequester erzwingen[194]).

Im Schrifttum[195]) wird allerdings hin und wieder bestritten, daß eine einstweilige Verfügung eine Grundlage für eine Pfändung nach § 886 ZPO bilden könne. Stern[195]) hält die Pfändung des Herausgabeanspruchs deswegen für unzulässig, weil eine einstweilige Verfügung sich nicht gegen prozessual unbeteiligte Dritte richten dürfe. Er übersieht, daß die einstweilige Verfügung, also die Entscheidung im Sicherungsprozeß, sich überhaupt nicht gegen Dritte richtet, sondern gegen den Antragsgegner[196]). Die Vollstreckung aus einstweiligen Verfügungen geschieht nach den allgemeinen Grundsätzen der Zwangsvollstreckung (vgl. § 928 ZPO). Nach diesen aber ist ein Vorgehen gegen einen Drittschuldner möglich.

Ebenso unzutreffend ist es, wenn das OLG Kassel[197]) eine Pfändung des Herausgabeanspruchs auf Grund einer einstweiligen Verfügung nicht für zulässig hält, weil die einstweilige Verfügung in jedem Einzelfalle die zur Erreichung des Zweckes notwendigen Maßnahmen enthalten müsse. Denn tatsächlich ist eine einstweilige Verfügung, die eine Sequestration anordnet, eine zur Erreichung des Sicherungszweckes notwendige, genügend bestimmte Maßnahme. Man kann ihr diese Eigenschaft nicht deswegen absprechen, weil die zu sequestrierende Sache sich nicht beim Antragsgegner befindet.

---

§§ 135, 136 BGB ohne weiteres auf das Verbot, über eine Sparkassenforderung zu verfügen, für anwendbar erklärt, d. h. der Befreiungserfolg der Leistung der Sparkasse an einen Verfügungsbeschränkten wird verneint.

[194]) Vgl. Baumbach Anm. 3 zu § 886 S. 1256.

[195]) Vgl. Stern S. 114; Rsp. 21 S. 96; anscheinend auch RG in JW 98 S. 419 Nr. 9. (Das RG deutet dort eine von der Kammer für Handelssachen auf Grund der §§ 810, 815 ZPO — a. F. — (gleich (gleich §§ 930, 936 ZPO) — vorgenommene Pfändung eines Anspruchs des Antragsgegners, den dieser gegen einen Dritten hat, in eine Ergänzung der einstweiligen Verfügung gegen den Drittschuldner um.

[196]) Vgl. Stein-J. Anm. III 2 zu § 938 S. 993; Rauprich-Pernitzsch S. 40; Rsp. 33, 114.

[197]) Vgl. Rsp. 21, 96.

bb) Ist der Anspruchsgegner des Antragsstellers durch eine einstweilige Verfügung zu einer sonstigen Leistung, etwa zu einer Geldleistung, verurteilt worden, so kann im Wege der Zwangsvollstreckung ebenfalls ein Anspruch des Antragsgegners gegen einen Dritten erfaßt werden. So z. B. in dem oben[198]) erörterten Falle, in dem der Antragsgegner zu einer Geldleistung an den Antragsteller verpflichtet war, aber selbst einen Anspruch auf Lohnzahlung gegen seinen Arbeitgeber hatte.

Kapitel II.
Einstweilige Verfügungen gegen Behörden.

A. Grundsätze.

§ 11.

Anweisungsrecht des Prozeßgerichts gegenüber prozeßfremden Behörden.

Eine weitere Grenzfrage in Bezug auf die Subjekte, gegen die sich eine einstweilige Verfügung richten darf, besteht darin, ob die Prozeßgerichte anderen Behörden Anweisungen erteilen dürfen, wenn die von diesen Behörden vertretene Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht als Antragsgegner am Sicherungsprozeß beteiligt ist. Diese Frage, ob eine einstweilige Verfügung in die Rechtssphäre eines am Sicherungsprozeß nicht als Antragsgegner beteiligten Rechtssubjektes unmittelbar eingreifen darf, ist oben[199]) in verneinendem Sinne entschieden worden. Es fragt sich also nur, ob etwa hier aus besonderen Gründen ein Eingriff in die Rechte eines Dritten, am Sicherungsprozeß unbeteiligten Rechtssubjektes möglich ist.

I. Verwaltungsorgane und Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind an bestimmte Entscheidungen der ordentlichen Gerichte gebunden. Eine solche Bindung besteht, wenn zwischen zwei Parteien ein Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ist, und nur diese Parteien als Beteiligte vor den betreffenden Behörden in Frage kommen, sowie bei solchen Entscheidungen, die die Rechte der Parteien gestalten[200]).

Aus der Bindung anderer Behörden an rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte läßt sich kein allgemeines Anweisungsrecht der Gerichte gegenüber anderen Behörden ableiten. Denn eine Bindung der anderen Behörden besteht nur insoweit, als über einen durch die Klage erhobenen Anspruch, also über Rechtsverhältnisse zwischen den Prozeßparteien entschieden ist. Die Bindung hat auch ihren Grund nicht in einer Unterordnung dieser

---

[198]) Vgl. oben § 9 II 3 S. 32.
[199]) Vgl. oben § 9 S. 30 ff.
[200]) Vgl. Rosenberg S. 33 (Zivil-Gebk. und Verw.-Gbk.); S. 38 (str. u. fr. Gbk.); Stein, Grenzen S. 120 ff. (ZGbk. u. VGbk.); nach Schlegelberger Anm. zu § 12 FGG S. 189, sind die Behörden der FGbk. sogar nur an rechtsgestaltende Akte des Proz.-Ger. gebunden, sonst auch dann nicht, wenn die Prozeßgerichte rechtskräftig entschieden haben.

Behörden unter die streitigen Zivilgerichte, sondern in der Autorität der Staatsakte: Durch die Bindung soll lediglich verhindert werden, daß in einem späteren Verfahren zwischen den gleichen Parteien über die gleiche Sache anders entschieden wird.

Die Bindung an Gestaltungsakte besteht nur deshalb, weil diese eine Aenderung der Rechtslage der Prozeßparteien herbeiführen; die durch den Gestaltungsakt geschaffene Rechtslage bildet aber eine Tatsache, die als solche von jedermann zu beachten ist. Das Recht der Gerichte zur Vornahme von Gestaltungsakten kann daher ebenfalls nicht die Grundlage für die Annahme eines allgemeinen Anweisungsrechts der Prozeßgerichte gegenüber anderen Behörden bilden.

Eine allgemeine Bindung anderer Behörden an Entscheidungen der Prozeßgerichte muß danach verneint werden. Schon die Bindung an rechtskräftige Entscheidungen und Gestaltungsakte der ordentlichen Gerichte folgt nicht aus dem Gedanken eines Anweisungsrechts der ordentlichen Gerichte. Um so weniger besteht eine Bindung an Anweisungen der Zivilgerichte, wenn die etwa erlassene Anordnung sich gegen eine Behörde richtet, obwohl die von ihr vertretene Korporation nicht als Partei am Rechtsstreite beteiligt ist [201]).

II. Von einigen Schriftstellern [202]) und Entscheidungen [203]) wird die Auffassung vertreten, daß ein Anordnungsrecht der Prozeßgerichte gegenüber den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gesetz für einige Fälle ausdrücklich anerkannt sei. Diese angeblichen Fälle eines Anweisungsrechts sollen die Grundlage für die Annahme eines allgemeinen Anweisungsrechts der Prozeßgerichte gegenüber anderen Behörden bilden. Als Beispiele eines Anweisungsrechts werden meist [204]) erwähnt: Die Pflicht des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs in das Grundbuch auf Grund einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 894, 895, 899 BGB; 941 ZPO; 39, 42 GbO; sodann soll sich die Pflicht zur Löschung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gemäß §§ 25 GbO, 103 FGG aus einem Anweisungsrecht des Prozeßgerichts ergeben. Ebenso wird die Pflicht zur Unterlassung einer Eintragung in das Handelsregister auf Grund einer Entscheidung des Prozeßgerichts nach § 16 Abs. 2 HGB, sowie die Pflicht der Behörden der frei-

---

[201]) Vgl. Rosenberg S. 33 (Justiz-Verwaltung) S. 38 (str. frw. Gerichtsbarkeit); Stein, Grenzen S. 90 oben, S. 104 (§ 11), S. 120 (Justiz-Verwaltung); S. 104 (§ 10) (streitige-freiwillige Gerichtsbarkeit); ferner Stein-J. Anm. I 3 zu § 938, S. 990; Hein, Handbuch S. 622; Rauprich-Pernitzsch S. 65/66; Stern S. 100; Josef e. V. des Prozeßrichters S. 5 ff., insbesondere S. 7, sowie Josef in ZfZP Bd. 47 S. 262; Unger in ZfZP Bd. 41 S. 197; Schlegelberger Anm. 15 zu § 12 FGG S. 189; Drum S. 27 ff.; RG in Gruchot Bd. 69 S. 627; JW 1927 S. 2204 Nr. 22; RG 120 S. 118; KG in JW 1927 S. 1427.

[202]) Vgl. Kuttner, Urteilswirkungen S. 36 ff.; Fuchs in JW 1923 S. 43, sowie in JW 1923 S. 306, zu 3.

[203]) Vgl. Entscheidung des OLG Hamburg vom 4. Juli 1910, RJA 11, 48; Recht 11 Nr. 3560.

[204]) Vgl. außer den in Fußnote 202 und 203 Angeführten auch Josef, e. V. des Prozeßgerichts S. 5 ff., insbesondere S. 7, der aber aus diesen angeblichen Fällen eines Anweisungsrechts kein allgemeines Anweisungsrecht ableitet.

willigen Gerichtsbarkeit zur Berichtigung der Dispache gemäß § 156 FGG aus einem Anweisungsrecht der Prozeßgerichte erklärt. Gegen diese Auffassung sprechen folgende Erwägungen:

1. Selbst wenn in den angeführten Fällen die Zulässigkeit von Anweisungen des Prozeßgerichts an Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt wäre, könnte daraus nicht ein allgemeines Anordnungsrecht der Prozeßgerichte gegenüber anderen Behörden abgeleitet werden. Grundsätzlich stehen sich, wie bereits ausgeführt [205]), die einzelnen Behörden selbständig und gleichberechtigt gegenüber.

2. Tatsächlich haben aber die Prozeßgerichte in den hier erörterten Fällen auch kein Recht, einer Behörde, die nicht als Vertreter der Köperschaft des öffentlichen Rechts am Sicherungsprozeß beteiligt ist, eine Anweisung zu erteilen. Vielmehr richten sich die Anordnungen des Prozeßgerichts auch hier stets nur an die Parteien.

a) In § 941 ZPO ist bestimmt, daß das Gericht des Sicherungsprozesses befugt ist, das Grundbuchamt oder die Registerbehörde um eine Eintragung „*zu ersuchen*", wenn „*auf Grund der einstweiligen Verfügung*" eine Eintragung zu erfolgen hat. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die einstweilige Verfügung *als solche* eine Grundlage für eine Eintragung bilden muß. Die Zulässigkeit eines Ersuchens um eine Eintragung gemäß § 941 ZPO, § 39 GbO vermag also die Ansicht nicht zu begründen, daß das Prozeßgericht in einer Prozeßentscheidung, namentlich in einer einstweiligen Verfügung, eine Anordnung treffen darf, die sich an eine am Prozeß unbeteiligte Behörde richtet. Das Ersuchen um Vornahme einer Eintragung hat vielmehr die Bedeutung der Stellung des Eintragungsantrages. Durch §§ 39 GBO, 941 ZPO ist den Prozeßgerichten eine eigene Verfügungsbefugnis beigelegt und diese Befugnis gleichberechtigt neben die Befugnisse der Privatsubjekte gestellt [206]). Der auf Grund dieser staatlichen Verfügung gestellte Eintragungsantrag ist ebensowenig eine Anweisung an das Grundbuchamt, wie der auf Grund einer Verfügung eines Privatsubjektes gestellte Eintragungsantrag. Das Grundbuchamt nimmt vielmehr in beiden Fällen die Eintragung auf Antrag vor, weil die Voraussetzungen für die Eintragung auf Grund des Verfügungsaktes vorliegen.

b) Nach §§ 25 GbO, 103 FGG ist zur Löschung von Vormerkungen und Widersprüchen, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen sind, die Bewilligung des Berechtigten nicht erforderlich, wenn die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben ist. Die Entscheidung, durch die eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird, ergeht lediglich zwischen den

---

[205]) Vgl. § 11 I S. 44 und Fußnote 201.

[206]) Vgl. Hein, Identität II S. 122 ff. insbes. S. 123. Nach anderer Ansicht werden in den Fällen des § 39 GBO durch das Ersuchen der Behörde die sonst erforderlichen Erklärungen der Beteiligten ersetzt. Vgl. Güthe-Triebel Anm. 43 zu § 39 GBO S. 932; hiergegen zutreffend Hein, Identität II, S. 122 ff. Auch nach der Ansicht Güthe-Triebels besteht kein Anweisungsrecht des Prozeßgerichts, dieses hat vielmehr lediglich die Stellung eines Vertreters des Antragstellers. Vgl. RG

Parteien des Sicherungsprozesses und enthält keinerlei Anordnungen gegenüber fremden Behörden. Die Bedeutung der erörterten Bestimmungen erschöpft sich darin, daß die Löschungsbewilligung, die sonst von den durch die Vormerkung oder den Widerspruch Geschützten erteilt werden müßte, durch die vollstreckbare Entscheidung ersetzt wird.

c) Ein Recht des Prozeßrichters, fremden, am Sicherungsprozeß unbeteiligten Behörden Anweisungen zu erteilen, kann auch nicht aus § 16 HGB abgeleitet werden.

aa) Ist in einem Rechtsstreit durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung[207]) die Verpflichtung zur Mitwirkung bei einer Anmeldung zum Handelsregister festgestellt, so bedarf es nach § 16 Abs. 1 HGB lediglich einer Anmeldung seitens der übrigen Beteiligten. Die Entscheidung, von der § 16 Abs. 1 HGB handelt, richtet sich gegen die Partei, deren Verpflichtung zur Mitwirkung festgestellt wird, und ersetzt deren Mitwirkung bei der Anmeldung, ähnlich wie im Falle der §§ 894, 895 ZPO[208]). Nach den Bestimmungen des HGB[209]) müssen bei einer Anmeldung im Handelsregister alle Anmeldungspflichten mitwirken. Eine Eintragung wäre daher ohne Mitwirkung des Anmeldungspflichtigen, der zur Mitwirkung verurteilt ist, nicht möglich, wenn dessen Mitwirkung nicht durch die Entscheidung ersetzt würde. Ein Eingriff in die Rechtsverhältnisse einer am Prozeß unbeteiligten Behörde findet also auch hier nicht statt. Das Prozeßgericht kann weder die Vornahme einer Eintragung anordnen, noch darum ersuchen[210]).

bb) Ist in einem Prozeß durch rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung die „Vornahme einer Eintragung" in das Handelsregister „für unzulässig erklärt", so darf nach § 16 Abs. 2 HGB die Eintragung nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, der die Entscheidung erwirkt hat.

Die Entscheidung, die die Vornahme einer Eintragung in das Handelsregister untersagt, richtet sich nicht gegen die am Prozeß unbeteiligte Registerbehörde, sondern gegen eine Partei. Das ergibt sich zunächst daraus, daß § 16 Abs. 2 HGB das Gegenstück zum § 16 Abs. 1 HGB bildet, und daß § 16 Abs. 1 nur von einer Entscheidung handelt, die sich gegen eine Partei richtet. Würde § 16 Abs. 2 ein Verbot betreffen, das sich gegen eine am Prozeß unbeteiligte Behörde richtet, so hätte dies audrücklich hervorgehoben werden müssen, da die Entscheidungen der Prozeßgerichte sich grundsätzlich nur mit den Verhältnissen der Parteien befassen.

Abgesehen hiervon würde aber nach der oben wiedergegebenen Auffassung, wonach sich § 16 Abs. 2 HGB auf eine Anordnung des Prozeßgerichts gegenüber dem Registergericht beziehen und die Bin- in Gruch. Bd. 69 S. 627; JW 1927 S. 220 Nr. 22.

---

[207]) Vgl. den Wortlaut des Ges. im § 16 Abs. 1 HGB.
[208]) Vgl. Düringer-Hachenburg Anm. 2 zu § 16.
[209]) Vgl. z. B. §§ 108, 161 ff., 195, 277, 280, 284, 289, 291, 293, 296, 320 HGB.
[210]) Vgl. KGJ 4, 36; 34 A, 121; Schlegelberger Anm. 15 zu § 12 FGG.

dung des Registergerichts an derartige Anordnungen der Prozeßgerichte zum Ausdruck bringen soll, die Bestimmung des § 16 Abs. 2 HGB in sich widerspruchsvoll sein. Denn die Entscheidung des Prozeßgerichts, auf die sich § 16 Abs. 2 HGB bezieht, enthält ein unbedingtes Verbot (arg. § 16 Abs. 2, 1. Halbsatz). Das Registergericht dürfte also nach der erörterten Auffassung gemäß § 16 Abs. 2 HGB überhaupt keine Eintragung vornehmen, wenn in einer Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme der Eintragung für unzulässig erklärt ist. In § 16 Abs. 2 HGB ist aber bestimmt, daß die Eintragung nur dann nicht erfolgen darf, wenn der Verbotsgeschützte Widerspruch erhoben hat. Im Sinne der hier vertretenen Auffassung, daß die in § 16 Abs. 2 HGB vorausgesetzte Entscheidung des Prozeßgerichts sich an eine Partei richtet, ist § 16 Abs. 2 HGB in sich widerspruchsfrei. Wenn sich die Entscheidung an eine Partei richtet, so verbietet sie lediglich der Partei die Stellung von Anträgen, die auf die Herbeiführung einer Eintragung abzielen. Die Bestimmung, daß auf Widerspruch des Verbotsberechtigten eine Eintragung nicht erfolgen darf, erklärt sich dann folgendermaßen. Das in der Entscheidung des Prozeßgerichts ausgesprochene Verbot verpflichtet nicht nur den Verbotsgegner zur Unterlassung der Stellung von Anträgen, die die Herbeiführung einer Eintragung bezwecken, sondern es beschränkt zugleich im Verhältnis zum Verbotsgeschützten die Fähigkeit des Verbotsgegners, wirksame Eintragungsanträge zu stellen. Der Verbotsgeschützte kann die ihm gegenüber bestehende Unwirksamkeit eines Eintragungsantrages dadurch geltend machen, daß er Widerspruch gegen die Vornahme einer Eintragung erhebt. Das Registergericht darf dann keine Eintragung vornehmen, weil der Verbotsgeschützte die Unwirksamkeit des Eintragungsantrages geltend gemacht hat. Es fehlt infolge des Verbots die prozeßrechtliche Grundlage für den Eintragungsantrag. Der Antrag ist zurückzuweisen, weil er im Verhältnis der Parteien unzulässig ist, und nicht wegen eines gegen den Richter sich richtenden Verbots.

d) Als Beispiel für eine Anordnung der Prozeßgerichte gegenüber prozeßfremden Behörden wird auch der Fall der Berichtigung der Dispache gemäß § 156 FGG angeführt. In § 156 FGG ist aber ausdrücklich bestimmt, daß derjenige, der gegen die Dispache Widerspruch erhoben hat, „gegen diejenigen am Verfahren Beteiligten, deren Rechte durch den Widerspruch betroffen werden", Klage zu erheben habe. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Prozeßgericht, vor dem die Klage zu erheben ist, in der Entscheidung dem Registergericht, bei dem die Dispache aufgemacht ist, Anweisungen zu erteilen habe. Dieses hat vielmehr nur die Aufgabe, Streitfragen zwischen dem Widersprechenden und den durch den Widerspruch Betroffenen zu klären. Die Bindung des Registergerichts an derartige Entscheidungen der Prozeßgerichte im Rahmen der Rechtskraft (vgl. § 156 Abs. 2 FGG) ist, wie bereits ausgeführt, kein Ausfluß eines Anweisungsrechts der Prozeßgerichte.

III. Ein weiterer Versuch, ein Anweisungsrecht der Prozeßgerichte gegenüber prozeßfremden Behörden zu begründen, ist vom

Kammergericht[211]) im Hinblick auf § 938 ZPO unternommen worden. Es hält eine einstweilige Verfügung für zulässig, die einer am Sicherungsprozeß unbeteiligten Behörde (Grundbuchamt) die Vornahme einer Handlung (Eintragung in das Grundbuch) untersagt. Zur Begründung führt es an, daß im Wege einer einstweiligen Verfügung nicht nur solche Maßnahmen angeordnet werden dürften, die sich als gegenüber dem Vertragsgegner ausgesprochene Gebote oder Verbote darstellen, sondern es sei namentlich die Sequestration zulässig. — Zutreffend ist, daß einstweilige Verfügungen sich nicht nur gegen Vertragsgegner richten können. Sie sind vielmehr gegen jeden Anspruchs- oder selbständigen Haftungsgegner zulässig[212]). Hieraus ergibt sich aber nichts für die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen eine am Prozeß unbeteiligte Behörde. Welche Bedeutung die Hervorhebung der Sequestration haben soll, ist ebenfalls nicht ersichtlich. In der Gegenüberstellung zu den einstweiligen Verfügungen, die sich gegen einen Vertragsgegner richten, liegt die Behauptung, daß eine einstweilige Verfügung, durch die eine Sequestration angeordnet wird, sich nicht oder zum mindesten nicht nur gegen einen Vertragsgegner richte. Das ist indes nicht der Fall. Die Anordnung der Sequestration richtet sich nur an die Prozeßparteien und nicht etwa auch gegen eine Person, die zum Sequester ernannt werden soll. Insbesondere erteilt sie nicht etwa einer solchen Person eine Anweisung. Vielmehr kann nur von einer Person die Ausführung der Sequestration verlangt werden, die zur Uebernahme des Amtes eines Sequesters bereit ist. —

B. Einzelfälle.

I. Prozeßgericht und Grundbuchamt.

§ 12.

Einstweilige Verfügungen bei Formunwirksamkeit und Nichtigkeit von Grundstückskaufverträgen. (Erwerbsverbote).

I. Einstweilige Verfügungen in den Fällen der sogenannten Schwarzkäufe.

Im folgenden Falle ist die Zulässigkeit einer Anweisung des Prozeßgerichts an das Grundbuchamt häufig erörtert worden:

In einem notariellen Grundstückskaufvertrag ist der Kaufpreis zu niedrig angegeben worden. Der notarielle Kaufvertrag ist als Scheingeschäft nichtig (§ 117 BGB). Der durch das Scheingeschäft verdeckte, wirklich gewollte Kaufvertrag ist nichtig[213]), da er der Formvorschrift des § 313 BGB nicht entspricht. Nachdem nun die

[211]) Vgl. JW 1923 S. 306 (Beschluß des KG vom 13. März 1923).
[212]) Vgl. oben § 10.
[213]) Vgl. Martin Wolff S. 182, § 61 I 4c; Planck-Siber Anm. 1c zu § 313; Staudinger Anm. 4 zu § 313 BGB; RG 75, 115; 81, 51. — Nach Oertmann, Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2, ZBl. FGbK 1916 S. 589ff. liegt nicht Nichtigkeit, sondern Unwirksamkeit vor. Die Streitfrage ist im wesentlichen eine theoretische und auf die hier zu erörternden Fragen ohne Einfluß.

Auflassung bereits erklärt und die Eintragungsbewilligung dem Käufer ausgehändigt ist, will der Verkäufer die als Folge der Auflassung und Eintragung nach § 313 Satz 2 BGB eintretende Heilung des Formmangels verhindern[214]). Er beantragt deswegen den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Käufer, durch die dem am Sicherungsprozeß unbeteiligten Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumsüberganges untersagt werden soll.

Die beantragte einstweilige Verfügung darf nicht erlassen werden, da sie sich gegen eine prozeßfremde Behörde richten würde[215]). Im Folgenden ist zu untersuchen, ob in dem dargelegten Falle der Erlaß einer einstweiligen Verfügung überhaupt in Betracht kommt, und in welcher Weise gegebenenfalls die Heilung des Formmangels des mündlich abgeschlossenen Kaufvertrages verhindert werden kann.

1. In Betracht kommt der Erlaß einer einstweiligen Verfügung des Verkäufers gegen den Käufer als Antragsgegner, die sich inhaltlich gegen diesen richtet. Solange der Formmangel des mündlich abgeschlossenen Kaufvertrages nicht durch Auflassung und Eintragung geheilt ist, besteht keine wirksame Verbindlichkeit des Verkäufers. Hat dieser bereits das Grundstück aufgelassen und die zum Eigentumserwerb erforderlichen Urkunden dem Käufer ausgehändigt, so kann er die Rechtsanwartschaft[216]), die der Käufer hierdurch erworben hat, kondizieren[217]), sofern er die Erklärungen, die zum Erwerb der

---

[214]) Die Anwendbarkeit des § 313 Satz 2 BGB auf den verdeckten Kaufvertrag wird jetzt allgemein bejaht. — Vgl. Enneccerus Bd. II 1 § 252 II 3 b, Fußnote 15; RG in LZ 1919 S. 470; KG in JW 23, 307; RG 104, 298. a. A. wohl nur JW 21, 1309.

[215]) Vgl. zutr. RG in JW 27, 2204; RG 120, 119 gleich JW 28, 2462 Nr. 25; KG in KGJ 32 A, 185; KGJ 43, 205; KG in JW 24, 2047; in JFG 2, 320 ff. = JW 23, 764 Nr. 4 = D Not V. Z. 1923, 160 = Rsp. 43, 67; KG in JW 27, 1427. — Du-Chesne in DJZ 07, 707; Marcuse in JW 23, 42.

A. A.: KG in JW 23, 306 ff. und im Anschluß hieran Freymuth in JW 23, 762 (zu 3, A am Ende). (Hiergegen vgl. oben § 11 III); Fuchs in JW 23 S. 42; S. 306 ff. zu 3 (Hiergegen vgl oben § 11 II); ferner: Martin Wolff S. 105, Fußnote 25 b (Ohne Begründung) und Ricks in JW 25, 743.

[216]) Vgl. den Ausdruck „Rechtsanwartschaft" bei Martin Wolff, § 38 IV Fußnote 25 b S. 105.

[217]) Vgl. Martin Wolff S. 105 Fußnote 25 b; Samter in JW 23, 743; Wiener in JW 23, 276; Marcuse in JW 23, 42; Rosenberg in JW 27 2454 ff.; Freymuth in JW 23, 761 ff.; Fuchs in JW 23, 762 ff.; RG 117, 287 (= JW 28, 2462); RG 120, 119 ff.; KG in JW 23, 307. —

a) Nach anderer Ansicht soll ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht entstehen, da die Auflassung eine „Bestätigung" (= Neuvornahme, § 141 BGB) des obligatorischen Kaufvertrages enthalte. So Stampe in JW 21, 533; KG in JW 23, 762 und wohl auch RG in Gruchot Bd. 51 S. 926; Bd. 57 S. 947. — Die „Bestätigungstheorie" ist abzulehnen. Die Heilung des formungültigen Kaufvertrages knüpft nach § 313 Satz 2 BGB lediglich an den Tatbestand der Auflassung und Eintragung an; die Auflassung, ein dinglicher Vertrag, hat aber mit dem obligatorischen Kaufvertrag nichts zu tun. Vgl. zutreffend Oertmann, ZBl. FGbK 1916 594 ff.; Freymuth in JW 23, 761.

b) Die Bindung an die Einigung (§§ 928, 873 Abs. 2 BGB) kann der Geltendmachung des Kondiktionsanspruchs nicht entgegenstehen,

Rechtsanwartschaft geführt haben, unter der falschen Vorstellung einer vorhandenen Rechtspflicht abgegeben hat[218]).

2. Ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung muß bejaht werden, da die Gefahr besteht, daß der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung durch Heilung des formungültigen Kaufvertrages (§ 313 Satz 2 BGB) rückwirkend untergeht[219]).

3. Die Sicherung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung kann nur durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung erreicht werden, die einen Eigentumserwerb des Käufers im Verhältnis zum Verkäufer ausschließt. Ein bloßes Verbot gegenüber dem Käufer, den Antrag auf Eintragung zu stellen, sowie ein Gebot, einen bereits gestellten Eintragungsantrag zurückzunehmen, würde nicht ausschließen, daß der Käufer dem Verbot zuwider handelt. Als geeignete Verfügungsmaßnahme kommt vielmehr nur eine solche in Betracht, die die Befugnis des Käufers zum Erwerb des Eigentums beschränkt. Eine Anordnung, den Eintragungsantrag nicht zu stellen oder

---

denn die Kondiktion betrifft ja gerade wirksame, unwiderrufliche dingliche Rechtsakte, für deren Vornahme ein rechtlicher Grund fehlte. Vgl. zutreffend Fuchs in JW 23, 276 ff.

[218]) Vgl. KG in JW 23, 308; Freymuth in JW 23, 762; Rosenberg in JW 27, 2455; Martin Wolff § 38 IV S. 105; Oertmann ZBlFG 1916 S. 600.

A. A. Fuchs in JW 23, 277. Nach seiner Ansicht soll eine condictio auch möglich sein, wenn die Auflassung in Kenntnis der Nichtschuld erklärt ist. Es komme nicht eine condictio indebiti, sondern eine condictio ob causam datorum in Betracht. — Es handelt sich indes nicht darum, durch die Auflassung einen Zukunftserfolg zu erzielen. Ihr Zweck liegt in der Gegenwart, da sie solvendi causa erfolgt. Dieser Zweck wird allerdings erst erreicht, wenn zu der Auflassung die Eintragung hinzutritt. Die Unvollständigkeit der in der Auflassung liegenden Zuwendung rechtfertigt es nicht, den abschließenden Teil als Zweck der Anfangszuwendung zu bezeichnen. Zwischen Auflassung und Einigung besteht eine Ergänzungs-, aber keine Zweckbeziehung.

[219]) Vgl. Oertmann, ZBlfG 1916 S. 599 ff. Eine Sicherung des Kondiktionsanspruchs ohne Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist nicht möglich. Ein einseitiger Widerruf der Auflassungserklärung würde nicht zum Ziele führen, da die Parteien an die Erklärung gebunden sind (§§ 873 Abs. 2, 925 BGB). So zutr. KG in JFG 1, 385; 2, 320 = JW 23, 763 = Rsp. 43, 65; in JW 23, 307 ff. — RG 104, 102; Bay.OLG in Recht 24 Nr. 29; Freymuth in JW 23 S. 761 zu 3.

A. A. Pink in JW 23, 744: Widerruf der Auflassung sei möglich, da keine Kondiktionsmöglichkeit bestehe. Falsche Voraussetzung, außerdem petitio principii!

Ebensowenig ist eine Loslösung von dem formungültigen Kaufvertrage, die die Heilung des Formmangels ausschließen würde, durch einseitigen Widerruf des Verkäufers möglich. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist kein Nichtgeschäft, sondern ein besonders geartetes Rechtsgeschäft (so zutreffend Hein, Identität Bd. I S. 317, Fußnote), das nicht durch die Erklärung einer Vertragspartei völlig aus der Welt geschafft werden kann. Im Ergebnis zutreffend: Fuchs in JW 23, 743 (der aber Bindung an die Einigung — §§ 925, 873 Abs. 2 BGB — mit der Bindung an den obligatorischen Kaufvertrag verwechselt). — Anderer Ansicht: Samter in JW 23, 743 (Loslösung vom Kauf gleich Widerruf einer nichtrechtsverbindlichen Erklärung sei möglich). Zweifelnd: Freymuth in JW 23 S. 762.

zurückzunehmen, wäre dann sinngemäß in eine solche Anordnung umzudeuten, die eine Beschränkung der Befugnis zum Erwerbe herbeiführt [220]).

Als eine Verfügungsmaßnahme, die die Befugnis zum Erwerbe ausschließt, kommt ein Erwerbsverbot in Betracht, dem die Wirkungen eines relativen Veräußerungsverbotes beigelegt werden.

Derartige einstweilige Verfügungen sind namentlich vom Reichsgericht [221]) für zulässig erklärt und in ihren Wirkungen den relativen Veräußerungsverboten gleichgestellt worden. Das Reichsgericht führt zur Begründung an, daß die Gleichstellung dem Verkehrsbedürfnis entspreche und als eine ihm dienende Fortentwicklung des geltenden Rechts anzusehen sei. Auch die übrige Rechtsprechung und das Schrifttum [222]) vertreten meist den gleichen Standpunkt.

Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie bedarf nur einer näheren Begründung.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit der Gleichstellung der Erwerbsverbote mit den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB.

Die Veräußerungsverbote des BGB sind Ausnahmevorschriften, die eine nach allgemeinen Grundsätzen zulässige Veräußerung verbieten und eine verbotswidrige Veräußerung in ihren Wirkungen beschränken. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Veräußerungsverbote auf jedes gerichtliche oder behördliche Verbot würde daher der Ausnahmenatur dieser Bestimmungen widersprechen. Es besteht aber kein Zweifel, daß Ausnahmevorschriften innerhalb des engeren Grundgedankens, der diesen zugrunde liegt, einer entsprechenden Anwendung auf andere Tatbestände fähig sind [223]). Den §§ 134, 135 BGB liegt nun aber offenbar der Gedanke zugrunde, daß verbotswidrig vorgenommene abstrakte Rechtsakte dem Verbotsgeschützten gegenüber unwirksam sind. Das Gesetz hat lediglich Veräußerungsverboten die Wirkung der §§ 135, 136 BGB ausdrücklich beigelegt. Die Ausdrucksweise des Gesetzes ist zu eng. Der Gesetzgeber hat die gleiche Wirkung allen Verfügungsverboten, die zu Gunsten einer bestimmten Person von einem Gericht erlassen werden, beilegen wollen [224]). Hiermit werden nun zwar alle verbotswidrig vorgenommenen Rechtsakte, durch die ein Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in seinem Inhalt verändert wird, als dem Verbotsgeschützten gegenüber unwirksam anzusehen sein, aber offenbar nicht abstrakte

---

[220]) Vgl. RG 117, 287 ff.; 120, 119; KG in JFG 2, 321 ff. = JW 23, 763 Nr. 4 Ziffer 1 = D.Not.V.Z. 1923, 160 = Rsp. 43, 65.

[221]) Vgl. RG 117, 287 (= JW 27, 2456); RG 120, 119 (JW 28, 24, 62 Nr. 25).

[222]) Vgl. Rosenberg in JW 27, 2454; Josef in JW 29, 529; Josef e. V. des Prozeßrichters S. 8 ff., insbesondere S. 13 ff.; Fischer JW 23, 307; 24, 2047; Drum S. 28. — Teilweise abweichend (keine relative, sondern absolute Beschränkung der Erwerbsbefugnis) KG in JW 23, 764 Nr. 4, Ziffer 2 S. 2047 Nr. 6; 27, 1427; JFG 1, 383 ff.; 1, 379 ff.; 2, 321 ff. = JW 23, 763 Nr. 4 = Rsp. 43, 65; Bayr.OLG in Recht 24 Nr. 49; Rsp. 43, 68 ff.

[223]) Vgl. Schmidt, Dogm. J. 72 S. 81 ff.; Jess. Recht 1914 S. 81 ff., 84; Enneccerus § 44 I 2 a; Regelsberger in Göttinger Festschr. für Jhering (1892) S. 51 ff.

[224]) Vgl. oben § 10 III a bb S. 40.

Rechtsakte, durch die ein Recht erworben wird. Das Gesetz erblickte in dem Verbot, über ein Recht zu verfügen einen ausreichenden Schutz des Verkehrs. Die Notwendigkeit, Erwerbsverbote mit den Wirkungen der relativen Veräußerungsverbote auszugestalten, hat sich erst in der späteren Entwicklung, namentlich in der Inflationszeit, im Hinblick auf die Schwarzkäufe herausgestellt[225]).

Rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit derartiger Erwerbsverbote bestehen nicht. Die Erwerbsverbote sollen der Regelung von Fällen dienen, in denen ähnlich wie in den Fällen der Veräußerungsverbote, durch das Zustandekommen eines abstrakten Rechtsgeschäftes obligatorische Ansprüche vereitelt werden würden. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Veräußerungsverbote auf Erwerbsverbote ist daher geboten.

Das von Münzel[226]) hiergegen geäußerte Bedenken, daß dann jedem, an sich gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäft die Wirkung auf das Vermögen entzogen werden könne, ist nicht zutreffend. Es kann nicht, wie Münzel meint, bei grundsätzlicher Bejahung der Erwerbsverbote einer Person verboten werden, über eine Sache einen Kaufvertrag abzuschließen und so für ihr Vermögen einen Kaufanspruch zu erwerben. Denn der Erwerb eines Kaufanspruchs ist nicht, wie bei den erörterten abstrakten Erwerbsverboten, ein abstrakter Rechtsakt, sondern kausal mit dem Kaufvertrag verknüpft; seine Wirksamkeit ist nicht unabhängig von dem Grunde, aus dem er geschah.

Ebensowenig spricht der von Münzel[226]) angeführte Gesichtspunkt, daß die Erwerbsverbote nach der hier vertretenen Auffassung im Erfolge auf eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und Entmündigung im Einzelfalle hinausliefen, gegen deren Zulässigkeit, denn der gleiche Gesichtspunkt müßte auch gegen die Zulässigkeit der Veräußerungsverbote sprechen. Die Erwerbsmacht[227]), d. h. die Macht ein Vermögen durch Erwerb von Rechten zu vergrößern, darf im übrigen ebensowenig wie die Verfügungsmacht mit der Geschäftsfähigkeit verwechselt werden. Die Erwerbsmacht stellt, ebensowenig wie die Verfügungsmacht, eine Eigenschaft der Person an sich dar, sondern eine Beziehung zu dem Recht, das dem Erwerbe oder der Verfügung unterliegt.

b) Die Entziehung der Erwerbs- oder Verfügungsbefugnis, die zwischen Auflassung und Eintragung des Eigentumsüberganges eintritt, bewirkt grundsätzlich, daß die Erklärungen, die einen Erwerb oder eine Verfügung bezwecken, unwirksam werden[228]). Die in der Auflassung enthaltene Erklärung des Käufers wird durch das Erwerbsverbot relativ unwirksam, so daß der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer kein Eigentum erwerben kann.

Zweifelhaft ist es, ob ein Erwerbsverbot diese Wirkung auch dann hat, wenn es erst nach erfolgter Auflassung und Stellung des

---

[225]) Vgl. Martin Wolff S. 105 (§ 38 IV) S. 182 (§ 61 I 4c).
[226]) Vgl. Münzel in JW 29 S. 107 14 B.
[227]) Vgl. Enneccerus I 1 § 135 I Anm. 1.
[228]) Vgl. Planck II1 Anm. 1 zu § 878 S. 150.

Eintragungsantrages erlassen wird. Nach § 878 BGB wird nämlich durch eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis ein Eigentumsübergang nicht ausgeschlossen, wenn diese nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrags eintritt. Es ist nun zu untersuchen, ob § 878 BGB auch auf Erwerbsverbote anwendbar ist.

aa) Eine entsprechende Anwendung des § 878 BGB auf Beschränkungen der Erwerbsbefugnis, die in einem Erwerbsverbot der hier erörterten Art begründet sind, scheint unvermeidbar zu sein, wenn man in Betracht zieht, daß diese Beschränkungen der Erwerbsbefugnis sich aus einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Verfügungsverbote ergeben. Münzel [229]) betrachtet es aus diesem Gesichtspunkt heraus als „widersinnig", auf dem Wege der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Verfügungsverbote Erwerbsverbote zu konstruieren, im Hinblick auf § 878 BGB aber diesen Ursprung der Erwerbsverbote außer Acht zu lassen.

Zwingend ist dieser Schluß nicht. Daraus, daß einige Vorschriften über Veräußerungsverbote auf Erwerbsverbote anzuwenden sind, kann nicht gefolgert werden, daß alle Vorschriften über Veräußerungsverbote zur entsprechenden Anwendung kommen müssen. Vielmehr muß bei jeder einzelnen Vorschrift, die sich mit einem Veräußerungsverbot befaßt, die Frage aufgeworfen werden, ob diese ihrem Sinn und Zwecke nach für eine entsprechende Anwendung in Betracht kommt. Diese Erwägungen schließen aber eine entsprechende Anwendung des § 878 BGB aus. Die Bestimmung des § 878 BGB hat den Zweck, Eingriffe Dritter in das zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber bestehende Vertragsverhältnis zu verhindern; sie erstrebt aus Billigkeitserwägungen den Schutz des Erwerbers [230]). Erwerbsverbote hingegen werden nicht von einem Dritten, sondern von einer Vertragspartei erwirkt. Ein Schutz des Erwerbers aus Billigkeitserwägungen kommt nicht in Betracht, da dieser sich nicht auf den Abschluß eines formungültigen Kaufvertrages einzulassen brauchte.

bb) Rechtsprechung und Schrifttum stehen — von der bereits erörterten Auffassung Münzels [231]) abgesehen — auf dem gleichen Standpunkt, daß § 878 BGB auf Erwerbsbeschränkungen nicht anwendbar sei. Das Reichsgericht [232]) geht davon aus, daß die einstweiligen Verfügungen, die ein Erwerbsverbot aussprechen, einen Anspruch des Veräußerers auf Kondiktion der Auflassung sichern sollen. Es folgert daraus die Unanwendbarkeit des § 878 BGB auf die durch eine einstweilige Verfügung nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages herbeigeführten Erwerbsbeschränkungen, weil durch derartige einstweilige Verfügungen die in § 878 BGB neben dem Eingang des Antrages auf Eintragung vorausgesetzte Bindung der

---

[229]) Vgl. Münzel in JW 29, 108 (Abs. 5).
[230]) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines BGB Bd. III S. 190 ff., insbes. S. 192 ff. (zu § 831 des Entwurfs).
[231]) Vgl. Münzel JW 28, 108.
[232]) Vgl. RG 120, 119 ff. = JW 28, 2462 Nr. 25.

Parteien ebenso wie der gestellte Antrag „vorläufig außer Kraft gesetzt" würde [233]).

Das Reichsgericht legt somit den Erwerbsverboten die Wirkung bei, daß sie die Bindung an die Einigung rückwirkend aufheben, denn nur bei rückwirkender Aufhebung kann die Rede davon sein, daß die in § 878 BGB vorausgesetzte Bindung außer Kraft gesetzt wird. Das zeigt folgende Erwägung: Eine nach Auflassung eintretende Verfügungsbeschränkung hat grundsätzlich die Wirkung, daß die Auflassungserklärung unwirksam wird. Tritt aber eine Verfügungsbeschränkung nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages ein, so wird die regelmäßige Wirkung der Verfügungsbeschränkung durch § 878 BGB ausgeschaltet. Demnach kann auf eine nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages eingetretene Verfügungsbeschränkung § 878 BGB nicht deswegen unanwendbar sein, weil durch eine Verfügungsbeschränkung grundsätzlich die Auflassung und somit die in § 878 BGB vorausgesetzte Bindung an die Einigung unwirksam geworden sei. Eine einstweilige Verfügung, die ein Verfügungsverbot ausspricht, kann also nicht zur Folge haben, daß rückwirkend die Verfügungsbefugnis des Antragsgegners beschränkt wird. Die Verfügungsbeschränkung wirkt vielmehr nur ex nunc; wenn sie die Unwirksamkeit einer bereits früher erklärten Auflassung herbeiführt, so ist das nur deswegen der Fall, weil die zum Eigentumsübergang erforderliche Einigung grundsätzlich bis zum Zeitpunkt des Eigentumsüberganges als „Nocheinigsein" fortbestehen muß und die Beschränkung der Verfügungsbefugnis auch das Wirksambleiben der bereits erfolgten Einigung ausschließt.

Ebensowenig, wie nun die Verfügungsbeschränkungen rückwirkende Kraft haben, wirken die Erwerbsbeschränkungen auf einen Zeitpunkt zurück, der vor dem Erlaß der einstweiligen Verfügung liegt, denn die Erwerbsverbote stellen eine analoge Bildung zu den Veräußerungsverboten dar.

Eine rückwirkende Kraft der Erwerbsverbote ließe sich auch nur in der Weise erklären, daß die durch die Auflassung entstandene Rechtsanwartschaft des Käufers vorläufig kondiziert würde. Eine solche Kondiktion wäre aber nur in einer Weise möglich, daß dem Käufer aufgegeben würde, auf die erworbene Rechtsanwartschaft zu verzichten. Eine einstweilige Verfügung, die die Verpflichtung zur Abgabe der Verzichtserklärung aussprechen würde, könnte aber nicht als solche die Verzichtswirkung haben. Es bedürfte hierzu vielmehr einer besonderen Vollstreckung nach § 888 ZPO [234]), die indes nicht in jedem Fall zum Ziele führt. Die oben [235]) vertretene Auffassung ist daher zum mindesten aus praktischen Erwägungen vorzuziehen.

---

[233]) Aehnlich Oberneck in JW 28, 2462. Eine Bindung an die Einigung gemäß § 878 BGB sei nicht gegeben, weil der Erwerber infolge der einstw. Verf. zur dingl. Einigung nicht berechtigt sei.

[234]) Vgl. hierzu Baumbach (1926) Anm. 2 zu § 794, RG 55, 58 (Vergleich auf Abgabe einer Willenserkl.) — § 894 ZPO ist auf e. V. nicht anwendbar. Vgl. Baumbach Anm. 1 B zu § 894 S. 1271 ff. Sydow-Busch Anm. 3 zu § 894 S. 1145. Rsp. 43, 164.

[235]) Vgl. oben S. 53 unter aa.

Josef[236]) hält § 878 BGB auf Erwerbs- und Verfügungsbeschränkungen, die ihren Grund in einer einstweiligen Verfügung haben, für unanwendbar. Er begründet diese Auffassung mit dem „Rechtsgedanken", daß — allgemein — durch die einstweiligen Verfügungen die Anwendung der an sich in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften ausgeschaltet würde.

Dieser „Rechtsgedanke" ist in Wahrheit eine unbewiesene Behauptung. Es besteht kein Zweifel darüber, daß durch die einstweiligen Verfügungen die Rechte einer Partei beschränkt werden können. So kann z. B. das aus dem Eigentum sich ergebende Recht, über eine Sache zu verfügen, durch ein Veräußerungsverbot eingeschränkt werden. Wo aber derartige Einschränkungen des Rechts einer Partei nach den Bestimmungen des materiellen Rechts wirkungslos sind, kann ihnen nicht eine Wirkung deswegen beigelegt werden, weil die Einschränkung sich aus einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts ergibt. Daher kann z. B. ein Gericht nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages die Veräußerung nicht mehr durch ein Veräußerungsverbot verhindern, denn es kann nicht die Bestimmungen des BGB (§ 878), die einem derartigen Veräußerungsverbot die Wirkungen versagen, einfach „ausschalten".

Erwerbsverbote, die nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages im Wege einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden, haben somit eine wirksame Beschränkung der Erwerbsbefugnis zur Folge. Die Beschränkung beruht nicht darauf, daß die durch Auflassung und Aushändigung der Eintragungsbewilligung entstandene Rechtsanwartschaft rückwirkend beseitigt oder kondiziert, oder die gesetzliche Bestimmung des § 878 BGB „ausgeschaltet" wird. Vielmehr ist die Bestimmung des § 878 BGB ihrem Sinne und Zwecke nach auf Erwerbsverbote nicht anwendbar.

c) Ein Erwerbsverbot, das zwischen Auflassung und Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch erlassen ist, beschränkt die Befugnis des Käufers zum Erwerbe des Grundstücks im Verhältnis zum Verkäufer, gleichgültig, ob der Erwerb vor oder nach Stellung des Eintragungsantrages verboten worden ist. Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Käufers, die auf den Erwerb des Grundstücks gerichtet sind, werden relativ unwirksam. Da auch die Auflassung relativ unwirksam wird, kann der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer kein Eigentum erwerben[237]). Hierdurch wird der Hauptzweck der Erwerbsverbote, die Heilung des formgültig abgeschlossenen Kaufvertrages zu verhindern, erreicht[238]); denn der Anspruch des Verkäufers aus ungerechtfertigter Bereicherung geht nicht durch Heilung des Formmangels des Kaufvertrages nach § 313 BGB unter.

Zweifelhaft ist es, ob das Grundbuchamt eine Eintragung des Eigentumsüberganges vornehmen darf, wenn es Kenntnis von dem

---

[236]) Vgl. Josef, e. V. d. Prozeßrichters S. 8 ff.
[237]) Vgl. RG 117, 292 (JW 27, 2455); Güthe-Triebel Anm. 47 zu § 13 GbO S. 304.
[238]) Vgl. RG 120, 120 (JW 28, 2462).

Erwerbsverbot hat. Das Schrifttum [239]) vertritt meist die Auffassung, daß eine Verfügungsbeschränkung, die nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, im allgemeinen das Grundbuchamt nicht zur Ablehnung der Eintragung berechtigte. Es liegt nahe, das Gleiche für Erwerbsverbote anzunehmen. Das Wesen der Erwerbsverbote spricht indessen gegen diese Gleichstellung. Die Erwerbsverbote dienen der Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Kondiktion der Auflassung. Der Verkäufer, der den Erlaß eines Erwerbsverbotes beantragt, will also den Eigentumserwerb des Käufers verhindern. Es muß somit angenommen werden, daß der Veräußerer dadurch, daß er ein Erwerbsverbot erwirkt und zur Kenntnis des Grundbuchamtes bringt, die relative Unwirksamkeit der Einigung geltend macht [240]).

Um den Kondiktionsanspruch auch gegen Dritte zu sichern, ist eine Eintragung des Erwerbsverbotes in das Grundbuch erforderlich: Würde nämlich der Käufer trotz des Erwerbsverbotes als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden, so könnte dieser das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten veräußern, wenn die Beschränkung seiner Rechtsstellung aus dem Grundbuch nicht hervorgeht (vgl. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten ist aber nicht mehr möglich, wenn das Erwerbsverbot in das Grundbuch eingetragen ist. Denn aus § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Grundsatz zu entnehmen, daß Dritte Beschränkungen, denen eine Person in Bezug auf die Veräußerung oder den Erwerb eines Grundstücks unterliegt, im Falle ihrer Verlautbarung im Grundbuche gegen sich gelten lassen müssen [241]). Das bedeutet, daß bei Eintragung des Erwerbsverbotes eine Person, an die der Erwerber das Grundstück veräußert hat, die Beschränkung der Rechtsstellung des Rechtsvorgängers gegen sich gelten lassen muß. Der Veräußerer, der das Erwerbsverbot erwirkt hat, kann daher auch dem Dritterwerber gegenüber geltend machen, daß er noch Eigentümer sei.

Gegen die Eintragung eines Erwerbsverbotes bestehen keine Bedenken; der Rechtssatz, daß der Kreis der dinglichen Rechte ein geschlossener ist, steht der Eintragung eines Erwerbsverbotes nicht entgegen, da durch die Eintragung kein dingliches Recht zur Entstehung gebracht wird: Die Eintragung hat lediglich die Bedeutung, daß eine Berufung eines Dritten auf den guten Glauben ausgeschlossen wird [242]).

---

[239]) Vgl. Staudinger Anm. b, letzter Absatz, zu § 878 BGB; RGRäte-Komm. Bemerk. 2 zu § 878 BGB. Teilweise abweichend mit zutreffenden Gründen: Güthe-Triebel Vorbem. 70 zum 2. Abschnitt der Grundbuchordnung.

[240]) Im Ergebnis übereinstimmend RG 117, 291; Rosenberg JW 27, 2455; Josef JW 29, 592 (Letzterer mit der bedenklichen Begründung, daß die Mitwirkung eines Beteiligten verboten sei und daher nach den „Grundsätzen des öffentlichen Rechts" eine Amtshandlung zu unterbleiben habe).

[241]) Vgl. RG 117, 287 ff. gleich JW 27, 2456; Rosenberg JW 27, 2456; vgl. auch Josef, einstweilige Verfügung des Prozeßrichters S. 13.

[242]) Vgl. RG 117, 287 ff. (JW 27, 2456).

4. Die Untersuchung hat über die Sicherungsmöglichkeiten eines Anspruchs auf Kondiktion der durch Auflassung und Aushändigung der Eintragungsbewilligung entstandenen Rechtsanwartschaft des Käufers bei formnichtigem Kaufvertrage folgendes ergeben:

a) Ein Eintragungsverbot an das Grundbuchamt darf nicht erlassen werden, da das Grundbuchamt eine prozeßfremde Behörde ist.

b) Zur Sicherung des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung kann ein Erwerbsverbot erlassen werden. Dieses hat die Wirkungen eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes (§§ 135, 136 BGB). Es kann wirksam auch noch nach Auflassung und Stellung des Eintragungsantrages erlassen werden, da § 878 BGB seinem Sinne nach auf Erwerbsverbote nicht anzuwenden ist. Es steht einer Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch entgegen, da in der Mitteilung der einstweiligen Verfügung an das Grundbuchamt die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Einigung zu erblicken ist. Erfolgt trotzdem eine Eintragung, so bleibt im Verhältnis des Veräußerers zum Erwerber ersterer Eigentümer. Der Formmangel des Kaufvertrages kann daher nicht heilen, der Veräußerer kann trotz Eintragung des Käufers von diesem die Aufgabe seiner Rechtsstellung verlangen.

Um den Veräußerer gegen einen gutgläubigen Erwerb Dritter zu schützen, ist das Erwerbsverbot in das Grundbuch einzutragen.

II. Einstweilige Verfügungen in sonstigen Fällen der Nichtigkeit von Grundstückskaufverträgen.

Ist ein Grundstückskaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, oder wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar, so besteht ebenfalls ein Bedürfnis für den Erlaß eines Erwerbsverbotes, wenn die Auflassung bereits wirksam und unanfechtbar erfolgt, der Eigentumsübergang aber noch nicht in das Grundbuch eingetragen ist. Zwar besteht in diesem Falle nicht die Gefahr, daß der Kondiktionsanspruch des Verkäufers durch den Eigentumsübergang als solchen untergeht. Aber die Eintragung des Eigentumsüberganges gefährdet den Anspruch des Veräußerers insofern, als der Erwerber unter Umständen die Möglichkeit hat, das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiter zu veräußern, bevor der Veräußerer gegen den Erwerber ein Veräußerungsverbot erwirkt hat und dieses eingetragen ist (vgl. § 40 GbO).

§ 13.

Einstweilige Verfügungen in sonstigen Fällen des Grundbuchverkehrs.

I. Einstweilige Verfügungen im Falle einer ohne rechtlichen Grund abgegebenen Verzichtserklärung auf eine Hypothek.

Ein Hypothekengläubiger hat gemäß § 1168 BGB eine bindende Verzichtserklärung auf eine Hypothek abgegeben, der Verzicht ist aber noch nicht in das Grundbuch eingetragen. Der Hypothekengläubiger will die Eintragung des Verzichts und den damit verbundenen Er-

werb der Hypothek als Eigentümergrundschuld durch den Eigentümer im Wege einer einstweiligen Verfügung verhindern, da sich herausgestellt hat, daß ein rechtlicher Grund für die Abgabe der Verzichtserklärung nicht vorlag[243]).

1. Eine einstweilige Verfügung gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks als Antragsgegner, die dem Grundbuchamt die Vornahme der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld verbietet, darf nicht erlassen werden, da sie sich an eine prozeßfremde Behörde richten würde[244]).

2. Eine einstweilige Verfügung, die dem Eigentümer unter Androhung einer Geldstrafe verbietet, den Eintragungsantrag zu stellen, hat für den Antragsteller praktisch keine Bedeutung, wenn der Eigentümer überschuldet ist; denn ein solcher Eigentümer würde trotz der Strafandrohung den Antrag stellen. Weiter wäre eine derartige einstweilige Verfügung zwecklos, wenn der Antrag bereits gestellt ist.

3. Zu erwägen ist, ob die Eintragung durch eine einstweilige Verfügung verhindert werden kann, die wie ein zwischen Auflassung und Eintragung des Eigentumsüberganges erlassenes Erwerbsverbot, die Fähigkeit des Eigentümers zum Erwerbe der Hypothek beschränkt.

Zur Eintragung eines Verzichts auf eine Hypothek ist zweierlei erforderlich: Die Verzichtserklärung des Hypothekengläubigers und ein Eintragungsantrag, der sowohl vom Hypothekengläubiger wie vom Eigentümer gestellt werden kann[245]). Die Verzichtserklärung des Hypothekengläubigers kann in ihrer Wirksamkeit nicht durch eine Beschränkung der Erwerbsbefugnis des Eigentümers eingeschränkt werden. Der Eigentümer braucht überhaupt keine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, bei der eine Beschränkung der Erwerbsbefugnis in Erscheinung treten könnte. Der Eintragungsantrag ist das Eintragungsbegehren. Er ist, wie der Klageantrag des Zivilprozesses, eine prozessuale, und nicht, wie die Eintragungsbewilligung oder die Einigung, eine rechtsgeschäftliche Erklärung[246]). Demnach ist zwar die Geschäftsfähigkeit, aber weder Veräußerungs- noch Erwerbsbefugnis eine Voraussetzung der Antragsberechtigung. Veräußerungs- und Erwerbsbefugnis sind vielmehr nur für diejenigen

---

[243]) Hiermit ist der Fall nicht zu verwechseln, daß ein Hypothekengläubiger eine löschungsfähige Quittung erteilt hat, weil er glaubte seine Forderung sei getilgt und die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen (vgl. §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1144 BGB; 22 GbO). In diesem Falle wird nur die Berichtigung des Grundbuchs erstrebt. Da die löschungsfähige Quittung lediglich zum Beweise der Unrichtigkeit des Grundbuches dient, also eine Beweisurkunde darstellt (vgl. Staudinger Anm. 3 b zu § 1163; Güthe-Triebel Anm. 43 zu § 22 GbO) kann der Gläubiger eine Umschreibung oder Löschung der Hypothek dadurch verhindern, daß er dem Grundbuchamt glaubhaft macht, daß eine Zahlung nicht erfolgt sei. Eine e. V. kommt daher nicht in Betracht.

[244]) Vgl. oben § 11.

[245]) Vgl. Staudinger Anm. 2 a β zu § 1163 BGB.

[246]) Vgl. RG in Recht 1911 Nr. 2463; Güthe-Triebel Anm. 47 zu § 13 GbO S. 304; Martin Wolff § 32 I S. 83;; Predari Anm. 12 zu § 19 GbO; Planck Anm. 3 zu § 873 BGB S. 129; RG 54, 384; KG in KGJ 44, 174.

Eintragungsgrundlagen von Bedeutung, in denen das materielle Recht formellrechtlich in Erscheinung tritt, also für die Eintragungsbewilligung und die Einigung[247]).

4. Da der Erlaß eines Erwerbsverbotes somit nicht zum Ziele führt, ist der Verzicht des Hypothekengläubigers auf die Hypothek auf Antrag des Eigentümers einzutragen. Damit ist der Verzicht zwar wirksam geworden, die Hypothek also auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld übergegangen. Der bisherige Hypothekengläubiger kann aber die Herausgabe des Erlangten, also die Rückübertragung der Hypothek verlangen. Zur Sicherung eines Anspruchs auf Rückübertragung einer Hypothek kann im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung angeordnet werden. Eine Vormerkung darf sich — von dem hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefall des § 1179 BGB abgesehen — nur gegen den richten, dessen gegenwärtiges Liegenschaftsrecht von der Vormerkung betroffen wird. Die Eintragung der Vormerkung kann daher erst nach Eintragung des Verzichts vorgenommen werden[248]).

II. Einstweilige Verfügungen im Falle einer ohne rechtlichen Grund abgegebenen Aufgabeerklärung eines Hypothekengläubigers.

Ein Hypothekengläubiger hat eine bindende Erklärung abgegeben, daß er die Hypothek aufgebe (vgl. §§ 1183, 875 BGB). Bevor die Löschung im Grundbuch erfolgt, erfährt der Hypothekengläubiger, daß der rechtliche Grund für die Abgabe der Aufgabeerklärung nicht vorhanden war. Der Hypothekengläubiger will die Löschung der Hypothek, die ein materiell-rechtliches Erfordernis für die Aufhebung der Hypothek bildet (vgl. § 1183 BGB), verhindern.

1. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Eigentümer, durch die dem prozeßfremden Grundbuchamt die Vornahme der Löschung der Hypothek untersagt wird, ist nicht zulässig[249]).

2. Zu untersuchen ist, ob die Eintragung durch ein Verbot gegen den Eigentümer verhindert werden kann.

In erster Linie könnte es sich darum handeln, den Kondiktionsanspruch des Hypothekengläubigers durch ein gegen den Eigentümer gerichtetes Verfügungsverbot zu schützen. Die Aufgabe der Hypothek setzt nämlich voraus, daß der Eigentümer der Aufgabe zustimmt (§ 1183 BGB). Die Zustimmungserklärung des Eigentümers ist eine Verfügung, denn die Genehmigung der Verfügung eines anderen ist stets selbst eine Verfügung[250]). Zudem enthält die Zustimmungserklärung einen Verzicht auf die künftige Eigentümerhypothek und stellt auch insofern eine Verfügung dar[251]). Ist eine Zustimmung des Eigentümers zur Aufhebung der Hypothek noch nicht erfolgt, so kann der Hypothekengläubiger durch Erlaß eines Verfügungsverbotes gegen den

---

[247]) Güthe-Triebel Anm. 47 zu § 13 GbO S. 304.
[248]) Vgl. Martin Wolff § 48 I 3 S. 135 ff.
[249]) Vgl. oben § 11; KG in JW 27, 1427 ff.
[250]) Vgl. Enneccerus Bd. I 1 § 134 I (streitig).
[251]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 1183 S. 1061.

Eigentümer geschützt werden: Eine trotzdem erfolgte Zustimmung des Eigentümers wäre dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

Ist hingegen die Zustimmung bereits erfolgt, so würde ein Verfügungsverbot, das dem Eigentümer die Abgabe der Zustimmung zur Hypothekenaufgabe untersagt, den Hypothekengläubiger nicht mehr schützen. Ist der Verfügungsakt vollendet, so kann eine nunmehr eintretende Verfügungsbeschränkung desjenigen, der die Verfügung getroffen hat, die Gültigkeit des Verfügungsaktes nicht mehr beeinträchtigen [252]). Auch ein Erwerbsverbot führt in diesem Falle nicht zum Ziele [253]), da überhaupt kein Erwerb seitens des Eigentümers stattfindet, also auch das Vorhandensein einer Erwerbsbefugnis zur Erlangung der Lastenfreiheit eines Grundstücks nicht erforderlich ist. Die aus der Aufgabe der Hypothek folgende Unbeschränktheit des Eigentums beruht auf dem Wesen des Eigentums, nicht auf einem Rückerwerb eines dinglichen Rechts [254]).

III. Einstweilige Verfügungen auf Herbeiführung einer Löschung im Grundbuch.

Ebenso, wie häufig beantragt worden ist, dem prozeßfremden Grundbuchamt die Vornahme einer Eintragung zu verbieten, finden sich verschiedentlich Anträge, dem Grundbuchamt die Vornahme einer Eintragung zu gebieten. So ist z. B. beantragt worden dem Grundbuchamt die Löschung der für den Antragsgegner eingetragenen Auflassungsvormerkung aufzugeben [255]).

Eine derartige einstweilige Verfügung, die dem am Sicherungsprozeß unbeteiligten Grundbuchamt die Vornahme einer Löschung aufgeben würde, würde sich gegen eine prozeßfremde Behörde richten und daher unzulässig sein [256]).

Eine Löschung im Grundbuch könnte höchstens durch eine solche einstweilige Verfügung erreicht werden, die sich inhaltlich gegen den Antragsgegner richtet und eine Grundlage für eine Eintragung im Grundbuch bildet [257]). Die einstweilige Verfügung müßte auf Abgabe einer Löschungsbewilligung gerichtet sein. Eine solche einstweilige Verfügung könnte zwar nicht die Grundlage für die gesetzliche Unterstellung des § 894 ZPO bilden, da diese Bestimmung auf einstweilige Verfügungen nicht anwendbar ist. Sie könnte aber nach § 888 ZPO vollstreckt werden [258]). Die Frage, ob der Erlaß einer derartigen einstweiligen Verfügung sich mit der vorläufigen Natur der Entscheidungen des Sicherungsprozesses vereinbaren läßt, kann erst später entschieden werden [259]).

---

[252]) Vgl. RG-Räte-Komm. Anm. 8 zu § 876 BGB S. 65.
[253]) Im Ergebnis übereinst. KG in JW 27, 1427 ff.
[254]) Vgl. Enneccerus I 1 § 130 II.
[255]) Vgl. SA 71 S. 47.
[256]) Vgl. oben § 11.
[257]) Vgl. zutreffend SA 71 S. 47.
[258]) Vgl. oben § 12 I 3 b bb S. 54, sowie Fußnote 234 daselbst.
[259]) Vgl. unten §§ 25 ff., insbes. § 26 am Ende.

II. Prozeßgericht und Nachlaßgericht, Registergericht sowie Notar.

§ 14.

I. Prozeßgericht und Nachlaßgericht.

Ein Erbprätendent will während eines Rechtsstreits über das Erbrecht die Aushändigung des Erbscheins an einen anderen Erbprätendenten verhindern. Da auch während eines solchen Rechtsstreits die Erteilung eines Erbscheins nicht ausgeschlossen ist[260]), beantragt er gegen den anderen Erbprätendenten eine einstweilige Verfügung, durch die dem Nachlaßgericht die Aushändigung des Erbscheins verboten werden soll. Der Erlaß dieser einstweiligen Verfügung ist unzulässig, da sie sich gegen eine am Sicherungsprozeß unbeteiligte Behörde richten würde[261]). Hier käme zur Sicherung der Ansprüche des Erbprätendenten eine einstweilige Verfügung in Betracht, die dem Antragsgegner untersagt, den Erbschein abzuholen[262]), oder besser, über den Anspruch auf Aushändigung des Erbscheins zu verfügen. Schließlich käme auch die Anordnung der Sequestration des Erbscheins in Betracht[263]).

II. Prozeßgericht und Registergericht.

Im Verlaufe von Ehestreitigkeiten wird hin und wieder der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, die zwischen den Ehegatten bestehende Gütergemeinschaft aufzuheben oder dem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung zu entziehen, sowie dem Registergericht die Eintragung der Aufhebung der Gemeinschaft oder der Entziehung der Verwaltung und Nutznießung in das Güterrechtsregister aufzugeben[264]).

Soweit sich die einstweilige Verfügung gegen das am Prozeß unbeteiligte Registergericht richten soll, ist ihr Erlaß unzulässig, weil sie sich gegen eine prozeßfremde Behörde richten würde[265]). Die einstweilige Verfügung könnte sich nur gegen den andern Ehegatten richten und diesem die Abgabe einer Willenserklärung aufgeben, die dann die Grundlage für eine Eintragung bilden würde[266]). Ob eine solche einstweilige Verfügung sich mit der vorläufigen Natur der

---

[260]) Vgl. § 2360 Abs. 1 BGB.

[261]) Vgl. zutreffend Unger ZfZP Bd. 41 S. 197. — A. A.: Voß in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 666 (Voß hält ein Verbot an das am S. P. unbeteiligte Nachlaßgericht, den Erbschein zu erteilen, für unzulässig — hingegen das Verbot, den erteilten Erbschein auszuhändigen, für zulässig).

[262]) Vgl. Unger in ZfZP Bd. 41 S. 197.

[263]) Ein Bedürfnis für den Erlaß derartiger e. V. dürfte im Hinblick auf § 2360 BGB nur in Ausnahmefällen bestehen.

[264]) Vgl. RJA 3, 31 ZBl FGG 2, 785; KGJ 37, 206; Rsp. 19, 36; Josef e. V. des Prozeßrichters S. 24; Josef in ZfZP Bd. 40 S. 303; Unger in ZfZP in Bd. 41 S. 197.

[265]) Vgl. oben § 11.

[266]) Vgl. oben § 13 S. 60 unten.

Entscheidungen des Sicherheitsprozesses vereinbaren läßt, kann erst später entschieden werden [267]).

III. Prozeßgericht und Notar.

Um die Heilung eines formungültigen Kaufvertrages durch Auflassung und Eintragung zu verhindern (§ 313 BGB), hat das OLG Augsburg [268]) nach erfolgter notarieller Auflassung dem Antragsgegner (Käufer) geboten, darin einzuwillen, daß der Notar die Auflassungsurkunde dem GBA nicht vorlegt. Ferner hat es dem Notar verboten, die Urkunde dem Grundbuchamt vorzulegen.

Diese einstweilige Verüfgung durfte, soweit sie sich gegen den am Sicherungsprozeß unbeteiligten Notar richtet, nicht erlassen werden. Ebensowenig, wie einer am Prozeß unbeteiligten Behörde etwas aufgegeben werden darf, ist dies gegenüber einem am Prozeß unbeteiligten Notar zulässig. Denn es gibt keine Bestimmung, die ein solches Anweisungsrecht gegenüber einem Notar begründet [269]). Das OLG Augsburg führt in der Begründung der erörterten Entscheidung aus, daß das Verbot sich an den Notar in seiner Eigenschaft als Verwahrer der Urkunde und beauftragten Vertreter der Parteien richte. Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung gegen den am Sicherungsprozeß unbeteiligten Notar kann hieraus nicht abgeleitet werden, denn der Vertreter einer Partei ist nicht selbst Partei. — Für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die sich inhaltlich gegen den Notar richtet, besteht auch keinerlei Bedürfnis. Der Antragsteller kann gegen den Antragsgegner eine einstweilige Verfügung erwirken, die diesem den Erwerb des Grundstücks untersagt [270]). Aufgabe des Antragstellers ist es dann, den Notar von dem Erlaß der einstweiligen Verfügung in Kenntnis zu setzen [271]). Der Notar ist nicht aus eigenem Recht zur Einreichung der Auflassungsurkunde und Stellung des Eintragungsantrages berechtigt, sondern lediglich als Bevollmächtigter der Beteiligten. Die Bedeutung des § 15 GBO erschöpft sich darin, daß sie eine Vermutung für die Bevollmächtigung des Notars aufstellt [272]). Der Notar kann sich auf diese gesetzliche Ermächtigung des § 15 GbO nicht berufen, wenn das Antragsrecht des einen Beteiligten durch den Erlaß der einstweiligen Verfügung weggefallen ist und der andere Beteiligte die Ermächtigung widerrufen hat [273]).

---

[267]) Vgl. unten §§ 25 ff. sowie RJA 3, 31; ZBlfG 2, 785. — Die Entscheidung KGJ 37, 206, Rspr. 19, 35 beruht auf früherem Recht und verneint die Eintragungsfähigkeit der Entziehung der Verwaltung bei der Gütergemeinschaft überhaupt. Josef, die e. V. des Prozeßrichters S. 27, der diese Entscheidung inhaltlich wiedergibt, hat dies offenbar übersehen; vgl. für das geltende Recht: §§ 1470, 1435, 1561 Abs. 3 Ziff. 3 BGB. — Zu der Frage der Entziehung der Verwaltung und Nutznießung vgl. noch JW 30, 1012 ff.

[268]) Zf. Rpfl. in Bayern 1921 S. 107 II.

[269]) Vgl. Josef, e. V. des Prozeßrichters S. 25 ff.

[270]) Vgl. oben § 12.

[271]) Vgl. zutreffend Josef e. V. des Prozeßrichters S. 26.

[272]) Vgl. KGJ 22 A 295; Güthe-Triebel Anm. 14 zu § 15 GbO.

[273]) Vgl. Güthe-Triebel Anm. 14 zu § 15 GbO.

Teil 2.

Die sachlichen Grenzen der einstweiligen Verfügungen.

§ 15.
Vorbemerkung.

Das Gesetz hat den Gerichten einen weiten Spielraum für die Bestimmung des Inhalts der einstweiligen Verfügungen eingeräumt. § 938 Abs. 1 ZPO bestimmt hierüber folgendes:

„Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind."

Wie bereits der Wortlaut des Gesetzes ergibt, ist aber das Gericht bei Ausübung des freien Ermessens nicht völlig frei. Die Anordnungen des Gerichts müssen vielmehr erforderlich sein, um den Zweck der einstweiligen Verfügungen zu erreichen.

Weitere Grenzen des freien Ermessens ergeben sich daraus, daß die Entscheidung in einem Prozeß ergeht, und, wie bereits abschließend erörtert, sich nur an den „Gegner" (§ 938 Abs. 2 ZPO) richten darf [274]). Das freie Ermessen ist also in verschiedener Richtung gebunden, es besteht nicht in der Wahl der Mittel schlechthin, sondern in einer Auswahl unter den in Betracht kommenden Mitteln. Im Folgenden sind die Grenzen zu untersuchen, die für die sachliche Gestaltung der einstweiligen Verfügungen vom Gesetz gezogen sind.

Abschnitt I.

§ 16.
Die Bindung des Gerichts an die Anträge der Parteien.

I. Der Sicherungsprozeß ist ein Verfahren der Zivilprozeßordnung, seine Einleitung und Durchführung unterliegt daher der Verfügungsfreiheit der Parteien (Dispositionsmaxime). Die Parteien bestimmen durch ihre Anträge den Umfang der richterlichen Prüfung. Der in §§ 308, 536 ZPO festgelegte Grundsatz, daß der Richter nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen dürfe (ne eat judex ultra petita partium), gilt, wie in Schrifttum und Rechtsprechung [275]) allgemein anerkannt wird, auch im Sicherungsprozeß.

II. Zweifelsfragen bestehen darüber, inwieweit die Bindung an Parteianträge das freie Ermessen des Gerichts begrenzt.

---

[274]) Vgl. oben §§ 9 ff., insbes. § 9 I 1 a. E. S. 31.

[275]) Vgl. Stein-Jonas § 938 Anm. I 1 S. 989; Hein, Handbuch S. 618; Sydow-Busch § 938 ZPO Anm. 1; Seuffert Anm. 1 zu § 938. — Stern S. 100; Rauprich-Pernitzsch S. 32; Hartmann S. 53; Ortmann S. 36 — RG in Gruchot Bd. 48 S. 402 ff. in JW 08 S. 434 Nr. 10; SA 63, 384. — A. A.: Reincke-Wienstein Anm. 1 zu § 938.

1. Unzweifelhaft ist das Gericht an den Antrag gebunden, soweit er das zu schützende Rechtsgut bezeichnet.

a) Begehrt z. B. der Antragsteller den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutze eines Nichtgeldanspruchs, so darf das Gericht weder eine einstweilige Verfügung noch einen Arrest zum Schutze eines Geldanspruchs erlassen, der möglicherweise durch Nichterfüllung des Nichtgeldanspruchs zur Entstehung gelangt. Denn der Antragsteller hat den Schutz des Geldanspruchs nicht verlangt, der Antrag auf Schutz des Nichtgeldanspruchs schließt nicht den Antrag ein, eventuell den Geldanspruch zu schützen. In diesem Sinne ist die Ansicht von Stein-Jonas [276]) zutreffend, daß ein Gericht nicht ohne weiteres einen Arrest erlassen dürfe, wenn die beantragte einstweilige Verfügung unzulässig ist, ein Arrest aber zulässig wäre.

b) Aber auch innerhalb des Rahmens der einstweiligen Verfügungen zur Sicherung eines Geld- oder Nichtgeldanspruchs darf eine einstweilige Verfügung nicht zu einem anderen Zwecke erlassen werden, als zu dem, den der Antragsteller mit seinem Antrage verfolgt. Ist z. B. beantragt, die Herausgabe von Geld aus einer Vermögensmasse für Lebensbedürfnisse des Antragstellers anzuordnen, so darf das Gericht nicht eine einstweilige Verfügung erlassen, die eine Geldverwendung behufs nutzbringender Kapitalsanlage anordnet [277]). Sowohl die eine wie die andere einstweilige Verfügung könnte zwar nach § 940 ZPO zur Regelung eines einstweiligen Zustandes erlassen werden. Trotzdem würde die einstweilige Verfügung, die eine nutzbringende Kapitalsanlage anordnet, nicht dem Rechtsgut dienen, dessen Schutz ausschließlich begehrt ist, nämlich dem Leben des Antragstellers und seinem Schutz gegen wirtschaftliche Notlage.

Ebenso würde eine einstweilige Verfügung, die die Sequestration einer Musterkollektion anordnet, dem Schutze eines anderen Rechtsgutes dienen, als die beantragte einstweilige Verfügung, die die Herausgabe der Kollektion an den Antragsteller herbeiführen und diesem die Fortsetzung seiner Reisetätigkeit ermöglichen soll [278]). Die Sequestration würde der Sicherung des Herausgabeanspruchs dienen, der vielleicht überhaupt nicht gefährdet ist, während die beantragte einstweilige Verfügung die Lebensführung des Antragstellers ermöglichen oder erleichtern soll.

2. Dagegen ist die Bindung des Gerichts hinsichtlich der anzuordnenden Maßnahmen weniger streng.

Das Gericht darf nach § 308 ZPO dem Antragsteller nicht mehr zusprechen als beantragt ist. So darf es nicht die Löschung einer Firma im Firmenregister anordnen, wenn lediglich beantragt ist, dem Gegner die Führung einer bestimmten Firma zu verbieten [279]).

---

[276]) Vgl. Stein-J. Vorbem. V vor § 916; vgl. auch Rauprich-Pernitzsch S. 33 ff.

[277]) Vgl. zutreffend RG in Gruchot Bd. 48 S. 398 ff., insbes. S. 402; Hein, Handbuch S. 618; Rauprich-Pernitzsch S. 35.

[278]) Vgl. zutreffend Stern S. 100.

[279]) Vgl. RG in JW 08, 434; ebenso Hein, Handbuch S. 619.

Wohl aber darf das Gericht weniger anordnen, als beantragt ist. Zweifelhaft ist, ob es auch eine andere in gleicher Richtung liegende Maßnahme erlassen darf. Dies wird man im Hinblick auf das dem Gericht eingeräumte freie Ermessen bejahen müssen[280]). Das Gesetz hat dem Gericht freies Ermessen bei Auswahl der Verfügungsmaßnahmen eingeräumt, damit dieses die für den Einzelfall geeignete Maßnahme anordnen kann. Die Partei, die die Anordnung einer bestimmten Maßnahme beantragt, wird häufig nicht übersehen können, ob gerade diese Maßnahme wirklich geeignet ist. So wird das Gericht z. B. die Hinterlegung einer Sache anordnen dürfen, wenn es diese für zweckmäßiger hält als die beantragte Sequestration[281]).

3. Die Frage, welches Rechtsgut geschützt werden soll, sowie, welche Anordnung zum Schutze dieses Rechtsguts begehrt wird, ist durch Auslegung des Antrages zu ermitteln. Denn der Antrag ist eine Parteihandlung, die als solche grundsätzlich der Auslegung zugänglich ist[282]). Stellt sich hierbei heraus, daß der Antragsteller die anzuordnende Maßnahme falsch bezeichnet hat, so ist die Maßnahme als beantragt anzusehen, die nach dem Vorbringen des Antragstellers seinem wirklichen Willen entspricht.

a) Hat der Antragsteller z. B. den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die die Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung bilden soll, zur Sicherung eines ihm in Wirklichkeit zustehenden aber fälschlicherweise für den Antragsgegner eingetragenen dinglichen Rechts beantragt, so entspricht dem wirklichen Willen des Antragstellers der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die die Grundlage für die Eintragung eines Widerspruchs bildet. Dementsprechend ist der Antrag umzudeuten[283]).

Häufig wird der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO begehrt, wenn nur eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO in Betracht kommt, und umgekehrt. Gerade hierbei wird besonders auf den wirklichen Willen des Antragstellers zu achten sein, da in Rechtsprechung und Schrifttum[284]) die verschiedensten Auffassungen darüber bestehen, wann eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO und wann eine solche nach § 940 ZPO zu erlassen ist.

Geht aus dem Antrag hervor, welches Rechtsgut geschützt und welche Maßnahme angeordnet werden soll, so ist eine falsche Be-

---

[280]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 33; Stein-J. Anm. 1 zu § 938 S. 989; vgl. auch (in der Formulierung etwas zu weitgehend) LAG Chemnitz in Rspr. Arbs. 1927 S. 55 IV (Wegen der Maßnahmen, die zur Regelung des begehrten Rechtszustandes erforderlich sind, sei das Gericht an den Antrag des Antragstellers nicht gebunden).

[281]) Vgl. Stein-J. Anm. II zu § 938 S. 991.

[282]) Vgl. zutreffend Hein, Handbuch S. 618; RG 86, 380; 110, 15 ff. Zf.ZP 50, 313.

[283]) Vgl. Rsp. 4, 293 Nr. 66; RG 9, 335.

[284]) Vgl. z. B. RG SA 46 Nr. 158 S. 247; SA 53, Nr. 205 S. 368 ff. — Ueber die verschiedenen Auffassungen über den Unterschied von § 935 und § 940 ZPO: Hartmann S. 43 ff.; Rauprich-Pernitzsch S. 68—78; Drum S. 14 ff. über die dieser Arbeit zu Grunde liegende Ansicht oben Einleitung § 1 II 2 b.

zeichnung der Bestimmungen, auf Grund deren die Maßnahme angeordnet werden soll, unschädlich [285]).

Schließlich muß unter Umständen ein Antrag auf Erlaß eines Arrestes als Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung angesehen werden, sowie umgekehrt ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung als Antrag auf Erlaß eines Arrestes. So ist z. B. ein Antrag auf Erlaß eines Arrestes zur Sicherung eines Individualanspruchs in einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung umzudeuten, wenn aus dem Antrage unzweideutig hervorgeht, daß nicht ein eventueller Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Individualanspruchs gesichert werden soll [286]). Hier werden sich indes meist Schwierigkeiten ergeben, dem umgedeuteten Antrage stattzugeben, da die Maßnahmen, die im Wege des Arrestes getroffen werden, meist andere sind, als die, die für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Betracht kommen. — Einer Entscheidung des OLG München [287]) lag ein Antrag zu Grunde, im Wege des Arrestes zur Sicherung eines Individualanspruchs auf die Haft zu erkennen. Aus den Erklärungen des Antragstellers ging hervor, daß lediglich ein Herausgabeanspruch gesichert werden sollte. Der Antrag war daher aufzufassen als Antrag auf Anordnung der Haft im Wege einer einstweiligen Verfügung; als solcher war er allerdings abzulehnen, da die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs im Zwangswege nach § 883 ZPO zu erfolgen hat, hierbei aber Haft nicht angeordnet werden darf.

b) Im Schrifttum [288]) wird verschiedentlich erörtert, ob die Umdeutung des Antrags in der Berufungsinstanz noch zulässig ist. Diese Frage ist zu bejahen. Wenn das Gericht zu einer Auslegung des Antrages nach dem wirklichen Willen des Antragstellers verpflichtet ist, so bedeutet das, daß nur das als beantragt anzusehen ist, was als wirklicher Wille des Antragstellers in Erscheinung tritt. Das gilt selbstverständlich auch für die Berufungsinstanz, denn es ist keine Bestimmung vorhanden, die die Auslegung des Antrags in der zweiten Instanz untersagt. Es fragt sich nur, ob die Auslegung des Berufungsantrags etwa ergibt, daß eine unzulässige Aenderung des Antrags vorliegt.

Eine Aenderung des Antrages liegt nicht vor, wenn der Antrag bereits in erster Instanz umzudeuten gewesen wäre. Ist z. B. in erster Instanz der Erlaß eines Arrestes zur Sicherung eines Individualanspruchs beantragt worden, und ebenso in zweiter Instanz, so ist der Antrag in dieser noch in einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung umzudeuten. Eine Antragsänderung liegt nicht vor, vielmehr hat das Gericht erster Instanz, das den Antrag nicht umgedeutet hat, die Bedeutung des Antrages nicht erkannt [289]).

---

[285]) Vgl. Stein-J. Vorbem V vor § 916 ZPO S. 938; Stern S. 21, 91, 93; RG in SA 46 Nr. 158 S. 247 ff.; 53 Nr. 205 S. 368 ff.; Gruchot Bd. 44 S. 745.

[286]) Vgl. RG in JW 1891 S. 131 Nr. 8; Rsp. 23 S. 228.

[287]) Vgl. Rsp. 23, 228.

[288]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 34.

[289]) Vgl. RG in JW 1891 S. 131 Nr. 8; Stein-J. Vorbem. V vor § 916 S. 938; Rauprich-Pernitzsch S. 34.

Abschnitt II.

Die Bedeutung des Rechtsschutzinteresses für den Inhalt der einstweiligen Verfügungen.

Kapitel I.

Zulässigkeit der einstweiligen Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, sowie auf Fortsetzung einer einstweilen eingestellten Zwangsvollstreckung.

A. Grundsätze.

§ 17.

Subsidiäre Natur der einstweiligen Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung.

I. Das Vorhandensein des Rechtsschutzinteresses bildet eine Prozeßvoraussetzung für den Sicherungnsprozeß, denn niemand hat das Recht den Staat unnütz in Anspruch zu nehmen [290]). Die Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung besteht, wird meist dann von Bedeutung, wenn der Antragsteller das gleiche Ziel durch einen anderen Rechtsbehelf erreichen kann. Sie wird verschieden beantwortet, je nachdem ob in den einstweiligen Verfügungen ein subsidiärer Rechtsbehelf erblickt wird oder nicht. Nach der einen Ansicht [291]) stellen die einstweiligen Verfügungen einen „äußersten Rechtsbehelf" dar, der nur in Betracht kommt, wenn dem Antragsteller keine anderen Mittel zur Sicherung seiner Rechte zur Verfügung stehen. Die entgegengesetzte Auffassung [292]) verneint die subsidiäre Natur der einstweiligen Verfügungen deshalb, weil das Gesetz nichts darüber sage, daß eine einstweilige Verfügung nur beim Fehlen anderweiter Rechtsbehelfe erlassen werden könne.

Beide Ansichten begehen den Fehler, daß sie die Frage nach der subsidiären Natur der einstweiligen Verfügungen generell entscheiden wollen. Für eine solche generelle Entscheidung geben aber die Vorschriften des Sicherungsprozesses keinerlei Anhaltspunkte. Es ist daher in jedem Einzelfalle, in dem außer den einstweiligen Verfügungen andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die Frage nach der subsidiären Natur des einen oder anderen Rechtsbehelfes zu beantworten [293]). So sind die einstweiligen Verfügungen unzweifelhaft nicht subsidiär gegenüber den Selbsthilfemaßnahmen des BGB [294]) (vgl. § 230 Abs. 2 BGB); hingegen sind sie subsidiär gegenüber solchen Rechtsbehelfen, die in besonderer Weise das Bedürfnis nach einer

---

[290]) Vgl. Baumbach Vorbem. 5 f. vor § 253 ZPO S. 472.

[291]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 19 ff.; Rsp. 13, 236; 9, 84; ZBl FGG 4, 402.

[292]) Vgl. Hellwig-Oertmann Bd. 2 S. 456; Petersen-Rémélé-Anger (1906) § 935 Anm. 2 S. 687; Neukamp Anm. 1 zu § 940; vgl. auch SA 54 Nr. 130; S. 246; 43 Nr. 253; 46 Nr. 276; 49 Nr. 481.

[293]) Vgl. zutreffend Steinberg, Streitfragen S. 50 ff.

[294]) Steinberg S. 51.

einstweiligen Regelung befriedigen, wie z. B. gegenüber den einstweiligen Anordnungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung. (Vgl. §§ 707, 719, 732, 766, 768 ff. — besonders 769, 771 Abs. 3 — 775, 785 ff., 795, 805 Abs. 4; 104 Abs. 3, 107 Abs. 3, 572 Abs. 3.)

II. Unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität sind im Folgenden die Fälle abzugrenzen, in denen sachlich eine einstweilige Verfügung auf eine Einstellung der Zwangsvollstreckung in Betracht kommt.

1. Abgesehen von der Frage der Subsidiarität gegenüber den einstweiligen Anordnungen könnte eine einstweilige Verfügung ebensogut wie eine einstweilige Anordnung als Grundlage für die Einstellung der Zwangsvollstreckung dienen [295]). Die einstweilige Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung wäre keine Anordnung, die sich an eine am Sicherungsprozeß nicht als Antragsgegner beteiligte, also prozeßfremde Behörde richtet. Sie würde vielmehr zwischen dem Vollstreckungsschuldner und dem Vollstreckungsgläubiger ergehen und dem Ersteren ein Zwangsabwehrrecht [296]) verleihen. Auf Grund dieses Zwangsabwehrrechts könnte der Schuldner die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Ziffer 2 ZPO erreichen [296]).

Gegen die hier vertretene Auffassung wendet sich O. Hein [297]). Nach seiner Auffassung würde eine einstweilige Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung in die Zuständigkeit anderer Behörden eingreifen. Wie aus seinen Ausführungen hervorgeht [297]) will er damit zum Ausdruck bringen, daß eine derartige einstweilige Verfügung sich gegen eine am Sicherungsprozeß unbeteiligte Behörde richten würde [298]). Diese Auffassung erklärt sich daraus, daß er in den einstweiligen Anordnungen Maßnahmen erblickt, die sich nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen das zuständige Vollstreckungsorgan richten [299]). Die einstweiligen Anordnungen enthalten aber, ebensowenig wie die sonstigen Entscheidungen, deren Vorlegung nach § 775 Ziffer 1, 2 ZPO zur Einstellung der Zwangsvollstreckung führt, einen Eingriff in die Rechte einer am Verfahren unbeteiligten Behörde. Die einstweiligen Anordnungen ergehen vielmehr zwischen den Parteien und führen zu einer Rechtsgestaltung, in dem sie für den Schuldner ein Zwangsabwehrrecht begründen. Die Vollstreckungsbehörden müssen die Zwangsvollstreckung einstellen, wenn dieses Recht geltend gemacht wird. Sie handeln hierbei nicht auf Anweisung des Gerichts, das dem Schuldner das Recht zur Vollstreckungsabwehr verliehen hat, sondern, weil sie den durch die Entscheidung geschaffenen Tatbestand berücksichtigen müssen.

2. Wenn somit gegen die grundsätzliche Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung keine

---

[295]) Vgl. Rosenberg 1931 S. 675; JW 30, 175 Nr. 17; Stein-J. Anm. II 2 zu § 775 S. 599.

[296]) Vgl. W. Hein, Identität Bd. 2 S. 86 Fußnote.

[297]) Vgl. O. Hein, Handbuch S. 622, 623.

[298]) Vgl. oben §§ 11 ff.

[299]) Vgl. O. Hein, Handbuch S. 147; auch Rauprich-Pernitzsch S. 46 ff. (Die e. V. richten sich gegen die Parteien, die e. A. gegen die Vollstreckungsorgane.)

Bedenken bestehen, so fragt es sich, wann im Hinblick auf die in den einstweiligen Anordnungen auf Einstellung der Zwangsvollstrekkung getroffene Regelung ein Rechtsschutzinteresse für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung besteht.

a) In den Fällen, für die die ZPO das Verfahren auf Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Anordnung vorgesehen hat [300]), kommt der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung mangels Rechtsschutzinteresse nicht in Betracht, wenn der gleiche Zweck durch eine einstweilige Anordnung erreicht werden kann [301]). Ferner muß aber der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung auch dann unzulässig sein, wenn in einem Fall, in dem an sich eine einstweilige Anordnung erlassen werden könnte, der Erlaß einer solchen endgültig abgelehnt ist. Denn wenn das Gesetz die Anfechtung eines Beschlusses, durch den die Einstellung der Zwangsvollstreckung abgelehnt wird, nicht gestattet, so bringt es damit zum Ausdruck, daß der Beschluß die Frage des Eingriffs in die Zwangsvollstreckung abschließend regeln soll [302]). Damit wird auch die Zulässigkeit einer subsidiären Maßnahme, wie sie die einstweiligen Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung im Verhältnis zu den einstweiligen Anordnungen darstellen, verneint.

b) Bestritten [303]) ist, ob eine einstweilige Verfügung auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in solchen Fällen zulässig ist, für die die Möglichkeit einer Einstellung im Wege einer einstweiligen Anordnung überhaupt nicht vorgesehen ist. Da in diesen Fällen ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer derartigen Verfügung besteht, ist kein Grund vorhanden, ihre Zulässigkeit auszuschließen [304]). Denn die gesetzlichen Bestimmungen über die einstweiligen Anordnungen ergeben keinen Anhaltspunkt dafür, daß sie die Grenzen richterlicher Einstellungsbefugnis für sämtliche Fälle festlegen sollen, in denen eine Einstellung der Zwangsvollstreckung an

---

[300]) Vgl. §§ 707, 719, 732, 766, 768 ff., 775, 785 ff., 795, 805 Abs. 4; 104 Abs. 3, 107 Abs. 3, 572 Abs. 3.

[301]) Durchaus herrschende Ansicht Stein-J. Vorbem. VI 5 vor § 704 S. 426; Rosenberg S. 748; Hellwig-Oertmann Bd. 2 S. 456; Rauprich-Pernitzsch S. 46 ff.; Peters in Gruchot Bd. 29 S. 331 ff.; Voss in Archiv f. ziv. Praxis Bd. 71 S. 227 ff.; Jonas in JW 1930 S. 175 Nr. 17; RG in Gruchot Bd. 39 S. 1156 ff., 1160 ff.; SA 50, 476 Nr. 295 = JW 95, 225 Nr. 10; SA 66, 375; JW 01, 160; 722; 04, 96; 1910, 69; 829 Nr. 61; RG 25, 407; 61, 359; KG in KGBl. 01, 40; Rsp. 19, 180; 40, 406; JW 26, 1034; Bayr. OLG in SA 50, 232; ferner: Rsp. 13, 237; 21, 89; JW 25, 1664 Nr. 8; JW 30, 175; ZfZP 50, 411. — A. A.: Rsp. 25, 163; DJZ 05, 1005.

[302]) Vgl. Rosenberg S. 748.

[303]) Gegen die Zulässigkeit einer e. V. auf Einst. d. ZV. Hein, Handbuch S. 623; — Stein-J. Anm. II 2 zu § 938 S. 992, Rauprich-Pernitzsch S. 47 ff.; Stern S. 98 unter 1 bejahen hingegen die Zulässigkeit.

[304]) Die Anordnungen nach dem Ges. zur Verhütung mißbr. Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. 12. 34 — RGBl. I 1234 — haben gegenüber den e. V. der ZPO nur subsidiäre Bedeutung.

sich in Betracht käme[305]). — Im folgenden Abschnitt sind Einzelfälle zu untersuchen in denen es zweifelhaft ist, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung besteht.

B. Einzelfälle.

§ 18.

Einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Vorbehaltsurteilen.

Zunächst ist zu untersuchen, ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Vorbehaltsurteilen in Betracht kommt.

Entscheidungen, die den Beklagten unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung (§ 302 ZPO) oder im Urkunden- und Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte (§ 599 ZPO) verurteilen, sind bezüglich der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteile anzusehen. (§§ 302 Abs. 3, 599 Abs. 3 ZPO.) Daher ist eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nur wie bei anderen Endurteilen möglich. Ist das Vorbehaltsurteil formell rechtskräftig geworden, so ist eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 ZPO nicht mehr möglich. Ebensowenig ist es möglich, gemäß § 712 ZPO die Vollstreckbarkeit des Urteils zu beschränken, denn § 712 ZPO bezieht sich nur auf Urteile, die noch nicht formell rechtskräftig sind[306]). Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 707 ZPO ist in der Regel auch nicht möglich, weil diese Bestimmung nur dann in Betracht kommt, wenn die Voraussetzungen der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vorliegen[307]).

Somit besteht sowohl bei den Vorbehaltsurteilen nach § 302 ZPO wie bei denen nach § 599 ZPO ein Rechtsschutzinteresse des unter Vorbehalt Verurteilten an dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung. Es fragt sich nur, ob ein Anspruch vorhanden ist, der die Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bilden kann.

I. Im Falle des Vorbehaltsurteils nach § 302 ZPO behauptet der Beklagte, der unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung verurteilt ist, einen fälligen Gegenanspruch gegen den Kläger zu haben. Dieser Gegenanspruch kann die Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bilden[308]). Die einstweilige Verfügung kann entweder zur Sicherung

---

[305]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 47. — A. A. Drum S. 82 ff.

[306]) Vgl. Baumbach Anm. 2 B zu § 599 S. 898; Stein-J. Anm. III zu § 599 S. 246; RG in JW 10, 69. — A. A.: Förster-Kann Anm. 4 zu § 597 S. 230.

[307]) Vgl. zutreffend über die Einstellung der Z. V. nach §§ 707, 719 bei Vorbehaltsurteilen: Baumbach Anm. 2 B zu § 599 S. 898; Stein-J. Anm. III zu § 599; vgl. auch JW 01, 722 Nr. 14; 04, 96 Nr. 22 sowie insbes. RG 54, 306 und dazu RG in JW 86, 73; 89, 231; 93, 486. — Teilweise abweichend Förster-Kann Anm. 7 zu § 707 S. 429, der die Anwendbarkeit des § 707 ZPO vollständig verneint.

[308]) Vgl. zutreffend RG in Gruchot 39, 1160; in JW 92, 58 Nr. 9.

der Anspruchsverwirklichung erlassen werden, wenn die Gefahr besteht, daß durch die Zwangsvollstreckung auf Grund des Vorbehaltsurteils die Verwirklichung des zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruchs des Beklagten vereitelt werden würde. Oder sie kann zur Erhaltung des Rechtsfriedens erlassen werden, wenn z. B. die Gefahr besteht, daß durch die Vollstreckung die Lebensführung des Beklagten gefährdet würde. Eine solche einstweilige Verfügung kommt namentlich in Betracht, wenn es sich bei dem Gegenanspruch um einen Unterhaltsanspruch handelt.

II. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und wann der Beklagte, der im Urkunden- oder Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte formell-rechtskräftig verurteilt ist, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Verfügung erreichen kann.

Hat der Beklagte einen Gegenanspruch, mit dem er gegen den Klageanspruch im Nachverfahren aufrechnen kann, so besteht die Möglichkeit, auf diesen Gegenanspruch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung zu stützen.

Im Regelfall hat der Beklagte keinen derartigen Anspruch, sondern er will die Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege der einstweiligen Verfügung deswegen herbeiführen, weil er den dem Kläger im Vorbehaltsurteil zuerkannten Klaganspruch für unbegründet hält. Es fragt sich, worauf in diesem Fall der Erlaß der einstweiligen Verfügung gestützt werden kann.

1. Soweit sich im Nachverfahren ergibt, daß der Anspruch des Klägers, der auf Grund des Vorbehaltsurteils die Zwangsvollstreckung betrieben hat, unbegründet war, steht dem Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz zu (§ 600 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 302 Abs. 1 Satz 2 bis 4 ZPO). Dieser Anspruch wird verschiedentlich [309]) als Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung angesehen. Der Schadensersatzanspruch kann indessen nur insoweit eine Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bilden, als der Schaden bereits entstanden ist [310]). Der Beklagte, der unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurteilt ist, begehrt in der Regel den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung, b e v o r ein Schaden durch die Zwangsvollstreckung entstanden ist, denn er will ja gerade die Entstehung des Schadens verhindern. Demgemäß hat er noch keinen Schadensersatzanspruch, der die Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bilden könnte.

2. Es ergibt sich also die Frage, ob der unter Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte verurteilte Beklagte eine einstweilige Verfügung lediglich auf Grund der Tatsache erwirken kann, daß der Kläger, der das Urteil erwirkt hat, k e i n e n Anspruch hat.

---

[309]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 51; Rsp. 13 S. 237 sowie RG in JW 98 S. 540 Nr. 7.

[310]) Vgl. über die Entstehung und das Wesen dieses Schadensersatzanspruchs: Hein, Identität Bd. 1 S. 122 ff. Anm. 11 (Vollstrekkung 3).

Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO scheidet aus, da diese Bestimmung das Vorhandensein eines Anspruchs des Antragstellers voraussetzt, der die Grundlage für eine Klage auf Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung bilden kann [311]).

Zu untersuchen ist, ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO in Betracht kommt. Nach dieser Bestimmung ergehen einstweilige Verfügungen „in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis". Ein streitiges Rechtsverhältnis ist nun auch dann vorhanden, wenn der Antragsgegner sich eines Anspruchs gegen den Antragsteller berühmt, der Antragsteller aber das Vorhandensein eines solchen Anspruchs verneint. Daß jemand sich an das Gericht mit der Behauptung wenden kann, der Gegner habe keinen Anspruch, zeigt die Zulässigkeit der sogenannten negativen Feststellungsklage (vgl. § 256 ZPO). Demnach steht der Wortlaut des § 940 ZPO dem Erlasse einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen, die darauf gestützt wird, daß der Antragsgegner, der ein Vorbehaltsurteil erwirkt hat, gegen den Antragsteller keinen Anspruch hat.

Auch die Tatsache, daß die einstweilige Regelung eines Zustandes, wie sie von den einstweiligen Verfügungen erstrebt wird, im Hinblick auf eine endgültige Regelung erfolgt, schließt den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in dem erörterten Falle nicht aus. Wird in einem im Urkunden- oder Wechselprozeß ergangenen Urteil dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig (§ 600 ZPO). Die im Nachverfahren ergehende Entscheidung gewährleistet eine endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses und bildet eine Grundlage für eine Verwirklichung der Rechte der Parteien. Es ist also unzutreffend, wenn Hartmann [312]) annimmt, daß eine endgültige zwangsweise Regelung nur bei solchen einstweiligen Verfügungen möglich ist, deren Grundlage ein Anspruch des Antragstellers bildet.

Somit kann die Zwangsvollstreckung aus einem formell-rechtskräftigen Vorbehaltsurteil, das im Urkunden- oder Wechselprozeß ergangen ist, durch eine einstweilige Verfügung, die darauf gestützt wird, daß der Antragsgegner keinen Anspruch hat, einstweilen eingestellt werden.

§ 19.

Einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bei sonstigen, auf endgültige Beilegung eines Rechtsstreits abzielenden Titeln.

I. Die Fälle des § 323 ZPO.

Tritt im Falle einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so kann nach § 323 ZPO im Wege der Klage eine Abänderung des Urteils verlangt werden. Bis zur Entscheidung im Verfahren nach § 323 ZPO bleibt das alte Urteil in Kraft, so daß die Leistungspflicht auf Grund des ursprünglichen Ur-

[311]) Vgl. oben § 1 II 2b aa S. 3f.; allgemeine Ansicht.
[312]) Vgl. Hartmann S. 35 ff.

teils in alter Höhe fortbesteht. Das Urteil im Verfahren nach § 323 ZPO wirkt nun aber auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurück[313]), so daß der zu den wiederkehrenden Leistungen Verpflichtete entweder das während des Prozesses zuwenig Geleistete noch leisten muß, oder das zuviel Geleistete zurückverlangen kann.

Es fragt sich nun, ob der zu den wiederkehrenden Leistungen Verpflichtete schon vor der Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren nach § 323 ZPO eine Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung erreichen kann, wenn er Klage auf Herabsetzung seiner Leistungspflicht erhoben hat.

1. Zu untersuchen ist zunächst, ob der Erlaß einer einstweiligen Anordnung in Betracht kommt. In Rechtsprechung und Schrifttum[314]) finden sich Erörterungen darüber, ob eine Anwendung des § 769 ZPO möglich ist. Die Frage wird zutreffend stets verneint. Die Vollstreckungsgegenklage dient der Erhebung von rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch; mit der Klage aus § 323 ZPO hingegen wird geltend gemacht, daß der rechtsbegründende Tatbestand, auf Grund dessen das abzuändernde Urteil ergangen ist, sich anders entwickelt hat, als das Urteil annimmt[315]).

Rosenberg[316]) vertritt die Auffassung, daß eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung des § 707 ZPO möglich sei. Zur Begründung seiner Auffassung weist er lediglich, und zwar zu Unrecht[317]), darauf hin, daß bisher die Bestimmung des § 707 ZPO in diesem Zusammenhange übersehen worden sei. — Für die Auffassung Rosenbergs könnte man den Gesichtspunkt anführen, daß durch das Urteil im Verfahren nach § 323 ZPO im Wege der Rechtsgestaltung das frühere Urteil beseitigt wird, ebenso, wie durch das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren das frühere Urteil, oder durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Wirkungen des Fristablaufs im Wege einer Rechtsgestaltung beseitigt werden. Indessen vermag diese Parallele der Aufhebungsklage nach § 323 ZPO mit den Fällen des § 707 ZPO nicht dessen entsprechende Anwendbarkeit im Falle des § 323 ZPO zu begründen[318]). Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Fälle des § 323 ZPO bei Regelung der einstweiligen Anordnungen übersehen hat. § 323 Abs. 2 ZPO ist dem § 767 Abs. 2 fast wörtlich nachgebildet. Für den Fall des § 767 hat § 769 eine Regelung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in § 769 ZPO getroffen. Eine generelle Möglichkeit zum Erlaß von

[313]) Vgl. § 323 Abs. 3 ZPO. — Allgem. Ansicht vgl. Stein-J. I Anm. III zu § 323 S. 947; Rosenberg S. 538 (§ 159 I 2 b).

[314]) Vgl. Stein-J. I Anm. V 3 zu § 323 S. 949; Baumbach Anm. 5 zu § 323 S. 599; Förster-Kann Anm. 4 f. zu § 323 S. 863; Rosenberg S. 541; Sydow-Busch Anm. 3 zu § 323 S. 475. — Rsp. 20, 320; 13, 190.

[315]) Vgl. Rosenberg S. 539 ff. (§ 159 I 4).

[316]) Vgl. Rosenberg S. 541 (§ 159 II 6 b) und S. 517 (§ 179 I 1 c).

[317]) Vgl. Förster-Kann Anm. 7 zu § 707 S. 429; Baumbach Anm. 2 B zu § 599 S. 898.

[318]) Vgl. zutreffend Förster-Kann Anm. 7 zu § 707 S. 429, Baumbach Anm. 2 B zu § 599; vgl. auch RG 54, 306.

einstweiligen Anordnungen auf Einstellung der Zwangsvollstreckung wollte der Gesetzgeber nicht gewähren. Er hat vielmehr die in Betracht kommenden Fälle einzeln aufgezählt. Es muß deshalb angenommen werden, daß er die Möglichkeit zu einstweiligen Anordnungen für den vorliegenden Fall ausschließen wollte.

2. Da eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Anordnung nicht in Betracht kommt, ist zu untersuchen, ob dieses Ziel durch eine einstweilige Verfügung erreicht werden kann. Die ausschlaggebende Frage bildet hierbei, ob ein sicherungsfähiger Anspruch vorhanden ist.

a) Der Beklagte hat nach Aufhebung des ursprünglichen Urteils durch die Entscheidung im Verfahren nach § 323 ZPO einen Anspruch auf Rückgewähr der während des Abänderungsprozesses erfolgten Leistungen, soweit diese die Leistungspflicht nach dem neuen Urteil übersteigen. Das Urteil wirkt nach § 323 ZPO auf den Zeitpunkt der Erhebung der Klage zurück. Die Verpflichtung zur Leistung ist daher nachträglich weggefallen, so daß die Leistung nunmehr ohne rechtlichen Grund geschah (vgl. § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dieser Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kann nicht die Grundlage für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bilden, da er erst mit der Entscheidung im Verfahren nach § 323 ZPO zur Entstehung gelangt. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird gerade beantragt, bevor die Entscheidung ergangen ist, denn nach erfolgter Entscheidung kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung auch ohne Erlaß einer einstweiligen Verfügung erreicht werden (vgl. 775 Ziffer 1 ZPO).

b) Die Klage auf anderweite Festsetzung der Leistungspflicht nach § 323 ZPO ist eine Gestaltungsklage. Das der Gestaltungsklage zu Grunde liegende Gestaltungsrecht kann nicht die Grundlage für eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO bilden, da eine Gefahr für die Verwirklichung des Gestaltungsrechts nicht besteht. Wohl aber kann dieses Gestaltungsrecht den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 940 ZPO rechtfertigen [319]).

II. Einstweilige Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Antrag des Rechtsnachfolgers des ursprünglichen Gläubigers im Falle des § 727 ZPO.

Nach § 727 ZPO kann für den Rechtsnachfolger des in einem Urteil bezeichneten Gläubigers eine vollstreckare Ausfertigung erteilt werden. Eine Bestimmung, die die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für den ursprünglichen Gläubiger ausschließt, ist nicht vorhanden. Es ist daher auf Antrag des ursprünglichen Gläubigers diesem eine

---

[319]) Vgl. oben Einleitung § 1 II 2b bb S. 4. — Für die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung im Falle des § 323 ZPO, aber ohne nähere Begründung: Stein-J. I Anm. V 3 zu § 323 ZPO, S. 949; Rauprich-Pernitzsch S. 49 ff.; Stern S. 18; Förster-Kann Anm. 4 f zu § 323 S. 863; Rsp. 13, 190; 20, 320 (unter a β).

Vollstreckungsklausel zu erteilen, auch wenn die Veränderung der materiellen Rechtslage amtlich bekannt ist[320]). Es fragt sich, in welcher Weise der Rechtsnachfolger eine Vollstreckung seitens des ursprünglichen Gläubigers und das mit einer erfolgreichen Vollstrekkung verbundene Erlöschen der dem Vollstreckungstitel zu Grunde liegenden Forderung verhindern kann.

Die Erhebung einer Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) seitens des Rechtsnachfolgers gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel für den ursprünglichen Gläubiger führt nicht zum Ziele, weil der bestreitende Gläubiger nicht den Gegenstand der Vollstreckung, sondern die zu vollstreckende Forderung für sich in Anspruch nimmt[321]).

Der Rechtsnachfolger kann lediglich die Beseitigung der für den ursprünglichen Gläubiger erteilten Vollstreckungsklausel erstreben.

Stein-Jonas[322]) will daher unter entsprechender Anwendung des § 768 ZPO die dort für den Schuldner vorgesehene Rechtsgestaltungsklage auf Beseitigung der Klausel auch im vorliegenden Fall gewähren. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 768 ZPO spricht indessen, daß nach § 768 ZPO Einwendungen des Schuldners gegen einen Rechtsnachfolger geltend zu machen sind, die darauf gestützt werden, daß ein Fall der Rechtsnachfolge nicht vorliegt. Hier indessen handelt es sich um Einwendungen des Rechtsnachfolgers gegen den ursprünglichen Gläubiger, die gerade daraus abgeleitet werden, daß eine Rechtsnachfolge vorliegt. Die Einwendungen haben in beiden Fällen eine völlig verschiedene Ursache und Richtung.

Für vorliegenden Fall kommt vielmehr nur eine entsprechende Anwendung des § 767 ZPO in Betracht. In § 767 ZPO handelt es sich um Einwendungen, mit denen der nachträgliche Wegfall des durch Urteil festgestellten Anspruchs des Klauselinhabers geltend gemacht wird. So z. B. der Wegfall infolge nachträglicher Abtretung des Anspruchs seitens des Klauselinhabers[323]). In gleicher Richtung liegen die Einwendungen des Rechtsnachfolgers gegen den Rechtsvorgänger. Er macht geltend, daß dessen Anspruch, der der Klauselerteilung zu Grunde lag, nachträglich durch Rechtsnachfolge weggefallen ist. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 767 ZPO ist also durch die Aehnlichkeit der Tatbestände gerechtfertigt. Auch positivrechtlich bestehen keine Bedenken, da sich aus der ZPO nicht ergibt, daß sie dem Rechtsnachfolger keinen Schutz gegen den ursprünglichen Gläubiger gewähren wollte[324]).

---

[320]) Vgl. Baumbach Anm. 2 zu § 727 S. 1045; Stein-J. Anm. VI 3 zu § 727 S. 501; Förster-Kann Anm. 8 d zu § 727 ZPO S. 483. — Rsp. 11, 183.

[321]) Stein-J. Anm. VI 3 zu § 727 ZPO S. 501.

[322]) Stein-J. Anm. VI 3 zu § 727 S. 501; Baumbach Anm. 2 zu § 727 S. 1045.

[323]) Vgl. zutreffend Stein-J. Anm. II 1 zu § 767 S. 568; RG 65, 128; Rsp. 31, 42.

[324]) Vgl. — mutatis matandis — Stein-J. Anm. VI 3 zu § 727 S. 501.

Ist aber eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO möglich, so besteht für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung kein Rechtsschutzinteresse.

Nach anderer Ansicht kann der Rechtsnachfolger eine Feststellungsklage [325]) oder eine Klage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels [326]) gegen den ursprünglichen Gläubiger, für den eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, erheben und daneben eine einstweilige Verfügung erwirken. Für eine solche Klage besteht indessen kein Rechtsschutzinteresse, da der Rechtsnachfolger unter analoger Anwendung von §§ 767, 769 ZPO zum Ziele gelangen kann. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist mit Rücksicht auf § 926 ZPO ebenfalls unzulässig. Denn wenn in § 926 die Klageerhebung vorgeschrieben wird, wird vorausgesetzt, daß die Klageerhebung zulässig ist. Dies ist ausgeschlossen ,wenn für die Klage kein Rechtsschutzinteresse besteht.

III. Einstweilige Verfügungen auf Einstellung der Zwangsvollstrekkung aus unwirksamen Prozeßvergleichen.

Ist ein Prozeßvergleich nichtig, oder anfechtbar und angefochten, oder infolge einer Bedingung nicht wirksam geworden oder nicht mehr wirksam, oder auch durch Vertrag oder Rücktritt beseitigt, so ist der ganze Vergleich unwirksam und bildet somit keinen Vollstreckungstitel [327]).

Es fragt sich, ob in diesem Falle der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleiche in Betracht kommt, wenn auf Grund des unwirksamen Vergleichs eine Vollstreckungsklausel erteilt ist.

Diese Frage ist im Gegensatz zur herrschenden Meinung [328]) zu verneinen. Die Vollstreckung aus einem Vergleich kann nur erfolgen, wenn dem Gläubiger eine Vollstreckungsklausel erteilt ist (vgl. §§ 795; 724, 725 ZPO). Die Vollstreckungsklausel setzt aber das Bestehen eines wirksamen Vergleichs voraus. Der Schuldner kann daher nach § 732 ZPO die Aufhebung der Vollstreckungsklausel erwirken ,wenn der Vergleich unwirksam ist [329]). Er kann dies auch dann, wenn der Vergleich nach Erteilung der Vollstreckungsklausel unwirksam geworden ist, denn die Vollstreckungsklausel muß bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung zulässig sein [330]). Da somit der

---

[325]) Vgl. Seuffert Anm. 2 zu § 730 ZPO.

[326]) Vgl. Förster-Kann Anm. 8 d zu § 727 S. 483; Baumbach (1926) Anm. 1 zu § 727 S. 667 ;vgl. aber Baumbach 1931 Anm. 2 zu § 727 S. 1045).

[327]) Vgl. Hein, Id. I S. 115 (Durch nichtigen oder unwirksamen Vergleich werde das PRV nicht beendet, der Prozeß könne also fortgesetzt werden); vgl. ferner Rosenberg § 134 III 3 S. 154; Alsberg in ZfZP Bd. 39 S. 413 ff.; Stein-J. Anm. II 3 zu § 794 S. 632; Baumbach Anm. 3 f. zu § 794 S. 1120; RG 57, 257; 65, 420; 119, 30; RG in JW 05, 533 Nr. 16; ZfZP 55, 433. Z. T. abw. RG 106, 314.

[328]) Für Zul. von e. V.: JW 30, 175; Jonas ebenda; Baumbach Anm. 3 g zu § 794 S. 1121; Stein-J. Anm. II 3 a zu § 794 S. 633; RG in Gruchot Bd. 54 S. 679.

[329]) Vgl. Hein, Identität I S. 117.

Schuldner in jedem Falle der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleichs bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung die Aufhebung der Vollstreckungsklausel nach § 732 ZPO erwirken kann, besteht für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung kein Rechtsschutzbedürfnis, da in den Fällen des § 732 ZPO eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Anordnung erfolgen kann (vgl. § 732 Abs. 2 ZPO).

Im Schrifttum[331]) wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstrekung unter entsprechender Anwendung der §§ 707, 719, 769 ZPO möglich sei, so daß aus diesem Grunde für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe. Für eine entsprechende Anwendung der erwähnten Bestimmungen besteht indessen kein Bedürfnis, da die Bestimmung des § 732 ZPO unmittelbar zu einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung führt.

§ 20.

Einstweilige Verfügungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Sicherungsprozesses.

Eine namentlich in der Rechtsprechung[332]) viel erörterte Streitfrage besteht darüber, ob die Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung einstweilen eingestellt werden, und ob die Einstellung im Wege einer einstweiligen Verfügung erfolgen könne.

Die früher herrschende Ansicht[333]) nahm an, daß es undenkbar sei, etwas einstweilen Angeordnetes einstweilen außer Kraft zu setzen. Sie hielt daher die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen für unzulässig. Es ist aber nicht einzusehen, warum es „undenkbar" sein soll, die Ausführung einer vorläufigen Anordnung für eine gewisse Zeit zu hemmen. Es besteht kein logischer Zwang zu der Annahme, daß es nur zwei Arten von Maßnahmen gebe, vorläufige und endgültige. Es können vielmehr verschiedene Grade der vorläufigen Natur von Anordnungen bestehen. Fuchs[334]) zeigt dies an folgendem Beispiel: Einem Zugführer wird aufgegeben, vorläufig auf ein Nebengleis zu fahren. Soll es nicht möglich sein, durch eine „noch vorläufigere" Anordnung den Zug anzuhalten, bis ein auf dem Nebengleis befindliches Hindernis beseitigt ist?

---

[330]) Vgl. Baumbach Anm. 1 zu § 732; Stein-J. Anm. 1 zu § 775; Förster-Kann Anm. 1 zu § 732.

[331]) Vgl. Lehmann (Der Prozeßvergleich) S. 229; Rosenberg § 134 III 3 S. 154.

[332]) Vgl. die folgenden Fußnoten.

[333]) Vgl. RG 40, 383; 42, 361; RG in JW 87, 313; 93, 541; 94, 14; OO, 623 ff.; SA 50, 241; KG in Rsp. 17, 350; KGBl 97, 114 ff.; ZfZP 53, 476; vgl. ferner SA 76, 206; Rsp. 25, 149; JW 22, 1411; 25, 827; 25, 1898; 27, 1326; 28, 1158; 30, 567, Nr. 13; LZ 25, 1101.

Förster-Kann Anm. 7 b bb zu § 707 S. 429, sowie die älteren Auflagen von Baumbach und Stein-Jonas; vgl. Baumbach 1926, Anm. 5 zu § 924 S. 864 Anm. 2 zum § 928 S. 869 Anm. 1 zu § 936 S. 877; Stein-J. (12. Auflage) Anm. V zu § 924 Anm. III 4 zu § 938 ZPO.

[334]) Vgl. Fuchs in JW 24, 393.

Das Gesetz selbst hält es ebenfalls nicht für undenkbar, die Durchführung vorläufiger Entscheidungen zu hemmen, denn nach § 719 ZPO kann die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus noch nicht rechtskräftigen ,nur vorläufig vollstreckbaren Urteilen angeordnet werden.

Der Satz, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Sicherungsprozesses widerspreche dem Wesen dieser Entscheidungen, kann, wie Stein-Jonas [335]) zutreffend ausführt, in Wirklichkeit nichts weiter bedeuten als eine Verneinung eines Bedürfnisses für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstrekkung. Ein solches Bedürfnis besteht aber bei den Entscheidungen des Sicherungsprozesses, die auf Grund bloßer Glaubhaftmachung ergehen, sogar in höherem Grade als bei den vorläufig volllstreckbaren Entscheidungen der endgültig abschließenden Verfahrensarten.

I. Ist gegen eine Entscheidung des Sicherungsprozesses Widerspruch oder Berufung eingelegt, so wird häufig die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung geboten sein, weil durch die erwähnten Rechtsmittel die Vollstreckung nicht gehemmt wird (vgl. § 924 Abs. 3 ZPO) [336]).

1. Ist eine einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß erlassen und gegen den Beschluß Widerspruch eingelegt, so kann die Zwangsvollstreckung nach § 924 Abs. 3 ZPO [337]) unter entsprechender Anwendung des § 707 einstweilen eingestellt werden. Dies wird besonders geboten sein, wenn die einstweilige Verfügung offensichtlich auf Grund einer falschen eidesstattlichen Versicherung erlassen ist [338]).

2. Für den Fall, daß eine einstweilige Verfügung durch Urteil erlassen und gegen das Urteil Berufung eingelegt ist, kommt eine einstweilige Anordnung nach § 719 ZPO in Betracht. Zwar bezieht sich diese Bestimmung ihrem Wortlaute nach nur auf Entscheidungen, die im endgültig abschließenden Verfahren ergangen sind. Gegen eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf die Entscheidungen des Sicherungsprozesses bestehen aber keine Bedenken, denn sie dient dazu, die Gefahren zu vermeiden, die sich aus der Vollstreckung einer vorläufigen Entscheidung ergeben.

Allmählich setzt sich auch in Rechtsprechung und Schrifttum [339]) die Auffassung durch, daß die Bestimmung des § 719 ZPO auf die Entscheidungen des Sicherungsprozesses anwendbar sei.

---

[335]) Vgl. Stein-J. Anm. IV zu § 707 S. 442.

[336]) Vgl. Stein-J. Anm. IV zu § 707 S. 442; Fuchs in JW 24 S. 392 unter 2.

[337]) In der Fassung des Gesetzes zur Aenderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Okt. 1933 — RGBl I 780.

[338]) Vgl. hierzu das Beispiel von Fuchs in JW 24, 392.

[339]) Vgl. Fuchs in JW 16, 1229; 24, 392; 24, 980; 25, 827; 25, 2354; LZ 23, 126. — Baumbach in ZfZP 52, 478; SA 51, 375; Baumbach Anm. 1 zu § 707 S. 1004; Rosenberg § 221 III 2a S. 750; Heraeus, Recht 1924 S. 300; KG in JW 24, 980; 28, 1316; 27, 1167 Nr. 6; 30, 654 Nr. 14; ZfZP 52, 341; vgl. ferner die Entscheidungen in JW 25, 78; 25, 2354, 29; 27, 1326, Nr. 13; 28, 1317; 28, 2734 Nr. 13. — Schnülle in DRZ 1933 46; Greiser in JW 1933, 1706.

Da somit in dem erörterten Falle die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Anordnung erreicht werden kann, besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Einstellung der Zwangsvollstreckung [340]).

II. Weiterhin besteht ein Bedürfnis für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung dann, wenn der Anspruch des Antragstellers, der dem Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung zu Grunde lag, nachträglich untergegangen ist, der Antragsteller aber trotzdem die Vollstreckung weiter betreibt.

Es fragt sich, ob hierfür eine einstweilige Anordnung oder eine einstweilige Verfügung in Betracht kommt.

In den Fällen, in denen ein Vollstreckungstitel der endgültigen Durchsetzung eines Anspruchs dient, findet eine Vollstreckungsgegenklage statt, wenn der dem Vollstreckungstitel zugrundeliegende Anspruch nachträglich untergegangen ist (vgl. § 767 Abs. 2 ZPO). Wäre die Vollstreckungsgegenklage auch gegenüber Vollstreckungstiteln, die im Sicherungsprozeß ergangen sind, zulässig, so würde eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung im Wege einer einstweiligen Anordnung gemäß § 769 ZPO möglich sein. Es muß daher in erster Linie geprüft werden, ob die Vollstreckungsgegenklage auch der Vernichtung der Vollstreckbarkeit von Arresten und einstweiligen Verfügungen dienen kann. Diese Frage ist zu verneinen. Die Vollstreckungsgegenklage gehört zu den endgültig abschließenden Verfahrensarten [341]). Für die Zulassung der Vollstreckungsklage im Gebiet des Sicherungsprozesses besteht kein Grund, da der in §§ 927, 936 ZPO für den Sicherungsprozeß gewährte besondere Rechtsbehelf auch die Fälle der Vollstreckungsgegenklage mit umfaßt. Es ist unbestritten [342]), daß gerade der nachträgliche Untergang des dem Arrest oder der einstweiligen Verfügung zu Grunde liegenden Anspruchs im Wege des § 927 ZPO geltend zu machen ist.

Aus der Unzulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage im Gebiet des Sicherungsprozesses folgt aber nicht, daß der Erlaß von einstweiligen Anordnungen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Sicherungsprozesses ebenfalls unzulässig ist. Es besteht vielmehr die Möglichkeit, die Bestimmung des § 769 ZPO entsprechend anzuwenden. § 927 ZPO dient dem Zweck, einen ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb zu verhindern. Im Gegensatz zur Vollstreckungsgegenklage, die sich nur gegen die Vollstreckung aus einem Titel richtet und diesen selbst unberührt läßt, kann allerdings nach § 927 ZPO eine endgültige Einstellung der Voll-

---

[340]) Vgl. Rosenberg S. 748 § 220 I 3a; Hein, Handbuch S. 623; RG 40, 385; JW 00 S. 623. Rauprich-Pernitzsch S. 45 hält aus „allgemeinen Grundsätzen des Vollstreckungsrechts" (welchen?) e. V. für unstatthaft durch die eine vorhergegangene aufgehoben oder in ihren Wirkungen beeinträchtigt werden soll.

[341]) Im Ergebnis zutreffend Schultz in JW 21, 764; 22, 498; Hein, Handbuch S. 117; Rsp. 25, 224, 13, 190; SA 62 Nr. 71.

Vgl. ferner Stein-Jonas Anm. III 4 zu § 938 ZPO S. 941, aber auch Anm. IV 2 zu § 938 ZPO S. 942.

[342]) Vgl. Stein-J. Anm. II 1 zu § 927 S. 969; Hein, Handbuch S. 117; Schultz in JW 21, 764; 22, 498.

streckung aus einer Entscheidung des Sicherungsprozesses nur durch deren Aufhebung erreicht werden. Dieser Unterschied des Verfahrens nach § 927 ZPO und des Verfahrens nach § 767 ZPO steht der entsprechenden Anwendung des § 769 im Gebiet des Sicherungsprozesses nicht entgegen. Er erklärt sich aus der verschiedenen Stärke der Rechtskraft der Entscheidungen des Hauptprozesses und des Sicherungsprozesses. Die Aufhebung einer Entscheidung des Hauptprozesses wegen eines nachträglichen Wegfalles des Anspruches würde eine Durchbrechung des Gedankens der Rechtskraft enthalten. Der Gesichtspunkt der Durchbrechung der Rechtskraft tritt gegenüber den Entscheidungen des Sicherungsprozesses in den Hintergrund, da diesen infolge ihrer vorläufigen Natur nur eine eng begrenzte Rechtskraft zukommt. Es besteht daher kein Bedürfnis für ein besonderes Verfahren, das nur die Vollstreckbarkeit der Entscheidungen des Sicherungsprozesses, nicht aber diese selbst endgültig aufhebt. Der Gesetzgeber konnte daher die Fälle des nachträglichen Untergangs des Anspruchs und die Fälle, in denen eine Aufhebung der Entscheidungen des Sicherungsprozesses wegen anderweiter Entscheidung in der Hauptsache erforderlich ist, gemeinsam in § 927 ZPO regeln. — Das Fehlen eines besonderen der Vollstreckungsgegenklage nachgebildeten Verfahrens im Gebiet des Sicherungsprozesses bildet das Gegenstück zu der Vollstreckung ohne vorherige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung. Der Gesetzgeber hat das Sicherungsverfahren möglichst einfach gestalten wollen und deswegen auf eine scharfe Trennung zwischen dem Entscheidungs- und dem Vollstreckungsverfahren verzichtet. Trotzdem besteht eine solche Trennung, sodaß gegen die Zulässigkeit einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen des Sicherungsprozesses ohne Aufhebung der Entscheidung selbst keine systematischen Bedenken bestehen.

§ 21.

Einstweilige Verfügungen auf Fortsetzung einer durch eine einstweilige Anordnung eingestellten Zwangsvollstreckung.

Die einstweiligen Verfügungen haben gegenüber den einstweiligen Anordnungen einen subsidiären Charakter[343]). Es fragt sich, ob dieser subsidiäre Charakter dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Fortsetzung einer durch eine einstweilige Anordnung eingestellten Zwangsvollstreckung entgegensteht. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Ist eine Aufhebung der einstweiligen Anordnung noch möglich, so fehlt für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Fortsetzung der Zwangsvollstreckung das Rechtsschutzinteresse. Ist die Aufhebung der einstweiligen Anordnung nicht mehr möglich, so kommt eine einstweilige Verfügung, die lediglich dem Gläubiger gestattet, die Zwangsvollstreckung fortzusetzen, und dem Schuldner aufgibt, die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zu dulden, nicht in Betracht. Wenn das Gesetz die Anfechtung eines Beschlusses, durch den die Zwangsvollstreckung eingestellt ist, nicht gestattet, so bringt es damit zum

[343]) Vgl. oben § 17 S. 175 ff.

Ausdruck, daß der Beschluß den Eingriff in die Zwangsvollstreckung endgültig regeln soll. Eine einstweilige Verfügung auf Fortsetzung der Zwangsvollstreckung würde daher im Widerspruch zu dem Willen des Gesetzgebers stehen [344]).

Die Unanfechtbarkeit der die Zwangsvollstreckung einstellenden einstweiligen Anordnung schließt aber nicht aus, daß eine einstweilige Verfügung aus dem gleichen Rechtsgrunde, auf dem jener Titel beruht, erlassen wird. Das zeigt folgendes Beispiel: Ein Gläubiger hat im Hauptprozeß ein vorläufig vollstreckbares Urteil erwirkt. Der Schuldner hat Einspruch oder Berufung eingelegt und nach §§ 719, 707 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeigeführt. Der Beschluß des Gerichts, der die Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnet, kann auch dann nicht angefochten werden, wenn der Gläubiger in eine schwere wirtschaftliche Bedrängnis gerät. Hier muß unter den Voraussetzungen des § 940 ZPO der Erlaß einer einstweiligen Verfügung möglich sein, die dem Schuldner die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aufgibt. Der Gläubiger kann eine derartige einstweilige Verfügung erwirken, wenn er ein obsiegendes Urteil im endgültig abschließenden Verfahren noch nicht erstritten hat. Dies muß unter den gleichen Umständen auch möglich sein, wenn ein obsiegendes Urteil vorliegt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil aber durch eine einstweilige Anordnung eingestellt ist. Durch eine derartige einstweilige Verfügung wird nicht die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil, das im endgültig abschließenden Verfahren ergangen ist, angeordnet, sondern es wird ein neuer selbständiger Vollstreckungstitel geschaffen.

Kapitel II.

Erforderlichkeit der im Wege der einstweiligen Verfügung zu treffenden Anordnungen.

§ 22.

I. In § 938 ZPO ist bestimmt, daß das Gericht die zur Erreichung des Zweckes der einstweiligen Verfügungen erforderlichen Anordnungen zu treffen hat. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß das Rechtsschutzinteresse nicht nur für den Erlaß einer Sachentscheidung im Verfügungsprozeß eine Voraussetzung bildet, sondern auch für den Inhalt der Entscheidung maßgebend ist: Eine einstweilige Verfügung, die dem Antragsteller mehr zusprechen würde, als zur Sicherung der Anspruchsverwirklichung oder zur Erhaltung des Rechtsfriedens erforderlich ist, würde dem Antragsteller etwas gewähren, was über sein Rechtsschutzinteresse hinausgeht.

II. Welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes der einstweiligen Verfügungen erforderlich sind, muß in jedem Einzelfall geprüft werden: Es ist zunächst zu untersuchen, welche Anordnungen geeignet sind, den Sicherungszweck zu erreichen. Unter den ge-

[344]) Vgl. JW 25, 1664 Nr. 8; Rosenberg S. 748.

eigneten Maßregeln ist diejenige auszuwählen, die für den Antragsgegner die geringsten Unannehmlichkeiten mit sich bringt. Die Entscheidung des Sicherungsprozesses unterliegt dem Zweckgedanken, einen bestimmten Erfolg mit den denkbar geringsten Mitteln zu erreichen, sie wird beherrscht von dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie.

Aehnliche Gesichtspunkte finden sich in der Rechtsprechung und im Schrifttum, wo zutreffend darauf hingewiesen wird, daß der Antragsgegner nicht ungebührlich zu belasten [345]), und daß der Besitzstand des Schuldners tunlichst nicht zu verändern ist [346]).

Unzutreffend ist es hingegen, wenn Rauprich-Pernitzsch [347]) aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit der zu treffenden Anordnungen folgert, daß auf den Antragsgegner „billige Rücksicht" genommen werden müsse. Billigkeitserwägungen sind von Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit grundsätzlich verschieden. Das Prädikat „billig" oder „unbillig" ergibt sich aus dem Gedanken der Gerechtigkeit; das Prädikat „erforderlich" oder „zweckmäßig" aus dem der Nützlichkeit. Eine einstweilige Verfügung kann dem Zwecke dienen, die Verwirklichung des Rechts einer Partei zu sichern, sie kann erforderlich sein, weil keine weniger schwere Maßnahme den Sicherungszweck erreichen könnte; andererseits kann die gleiche Maßnahme sehr unbillig sein, weil sie die wirtschaftliche Existenz des Antragsgegners vernichten würde [348]).

III. Als Beispiele von Maßnahmen, die von mehreren geeigneten für den Antragsgegner weniger schwerwiegend sind, seien folgende angeführt:

1. Bei beweglichen Sachen ist die Hinterlegung weniger schwerwiegend für den Antragsgegner als die Sequestration. Daher ist die Sequestration nur dann anzuordnen, wenn die Hinterlegung Schwierigkeiten bereiten würde [349]).
2. Kann der Zweck einer einstweiligen Verfügung durch eine Anordnung erreicht werden, die die Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs bildet, so ist der Erlaß eines Veräußerungsverbotes nicht erforderlich, da dieses die Rechte des Antragsgegners im stärkeren Maße beeinträchtigen würde als eine Vormerkung oder ein Widerspruch [350]).

---

[345]) Vgl. Rsp. 1, 135; 13, 236; SA 62 Nr. 197.
[346]) Vgl. Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 938 ZPO.
[347]) Vgl. Rauprich-Pernitzsch S. 23 in § 5.
[348]) Vgl. unten § 26 über die Zulässigkeit von e. V. mit irreparablen Wirkungen.
[349]) Vgl. Stein-J. Anm. II 1 zu § 938 S. 990; Baumbach Anm. zu § 938; Rauprich-Pernitzsch S. 24; Motive zum Entwurf eines BGB Bd. II S. 94.
[350]) Vgl. Stein-J. Anm. II 2 zu § 938 ZPO S. 990; Badesche Rechtspraxis 1902 S. 91 (keine völlige Sperrung des Grundbuchs, wenn der Erfolg durch eine Vormerkung oder einen Widerspruch erreicht werden könne).

Abschnitt III.

Grenzen, die sich aus der Natur des zu sichernden Rechtsverhältnisses ergeben.

§ 23.

I. Die Entscheidung des Sicherungsprozesses ergeht über das Sicherungsbegehren aus einem behaupteten und bis zu einem gewissen Grade festzustellenden Rechtsverhältnis [351]). Hieraus folgt, daß die Entscheidung des Sicherungsprozesses dem Antragsteller nicht mehr gewähren darf, als dieser nach der materiellen Rechtslage zu verlangen hat [352]). Die Frage, was der Antragsteller auf Grund seines Anspruchs oder Rechtes verlangen kann, beantwortet sich danach, was der Antragsteller in einem endgültig abschließenden Verfahren erreichen könnte, wenn der Rechtsstreit bereits entscheidungsreif wäre und der Antragsteller das bewiesen hätte, was er im Sicherungsprozeß glaubhaft gemacht hat.

Zu diesem Ergebnis führt insbesondere auch die Erwägung, daß die Entscheidung des Sicherungsprozesses im Hinblick auf eine endgültige Verwirklichung des Anspruchs oder Rechtes des Antragstellers ergeht. Das Gesetz unterstellt in § 926 ZPO, daß der Antragsteller auf Grund eines endgültig abschließenden Verfahrens mindestens das erlangen kann, was er im Sicherungsprozeß erstrebt [353]).

II. Wie weit das Gericht hiernach bei seinen Anordnungen gehen darf ist eine Frage des Einzelfalles. Im Folgenden sind einige Fälle zu erörtern, in denen häufig der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt wird, die die aus dem Anspruch des Antragstellers für den Inhalt der einstweiligen Verfügungen sich ergebenden Grenzen überschreiten würde.

1. Zur Abwendung einer übermäßigen Immission wird verschiedentlich [354]) der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, die dem Antragsgegner die Vornahme bestimmter Handlungen aufgibt. So z. B. der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die dem Antragsgegner aufgeben soll, die Fenster seines Stalles zu schließen, weil aus diesem übermäßig starke Gerüche ausströmen. Eine derartige einstweilige Verfügung würde die Grenzen überschreiten, die

---

[351]) Vgl. oben § 1 II 1.

[352]) Vgl. Hartmann S. 56.

[353]) Zu dem gleichen Ergebnis gelangen Hartmann S. 56; Rauprich-Pernitzsch S. 57 ff.; Kreß in JW 1909 S. 6; Oertmann in Recht 1916 S. 61; Stein-J. Bem. I 3 zu § 938 S. 990; Hein, Handbuch S. 618, 624; Stern S. 99 ff.; Ortmann, e. V. im Arbeitskampfrecht S. 39; Baumbach Anm. 1 c zu § 938 S. 1321; RG 74, 394; KG in Rsp. 40, 433. — A. A.: Anscheinend Petersen-Anger (1901) S. 662, zu § 940 ZPO (Das Gericht habe nach freiem Ermessen zu prüfen, ob und inwieweit ein Bedürfnis nach einer e. V. bestehe. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse seien daher für den Antrag auf Erlaß einer e. V. nicht unbedingt maßgebend). Zutreffend hingegen Petersen-Rémélé-Anger (1906) Anm. I zu § 938 ZPO.

[354]) Vgl. Kreß in JW 1909 S. 5.

sich aus der Natur des Anspruchs des Antragstellers für den Inhalt der einstweiligen Verfügungen ergeben. Denn der Antragsteller hat nach § 1004 BGB nur allgemein einen Anspruch auf Unterlassung einer übermäßigen Einwirkung, hingegen nicht einen Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Handlung oder Beschaffung einer bestimmten Vorkehrung. Es ist Sache des Antragsgegners, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Erst im Vollstreckungsverfahren ist zu untersuchen, welche Maßnahme zur Abwendung der Immission zu treffen ist[355]).

Es darf demnach lediglich eine einstweilige Verfügung erlassen werden, die dem Antragsgegner aufgibt, „die zur Beseitigung der übermäßigen Immission erforderlichen Maßnahmen zu treffen". Hingegen darf sie nicht bestimmen, welche Maßnahme zu treffen ist. Eine derartige einstweilige Verfügung ist inhaltlich genügend bestimmt, denn sie bildet eine geeignete Grundlage für die Zwangsvollstreckung (vgl. § 887 ZPO)[356]).

2. Zur Sicherung eines rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbotes (§ 137 BGB) darf kein behördliches Veräußerungsverbot (§ 136 BGB) im Wege einer einstweiligen Verfügung erlassen werden. Der Antragsteller, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot vereinbart ist, hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Veräußerung. Die einstweilige Verfügung darf nicht dazu benutzt werden, diesem schuldrechtlichen Anspruch dingliche Wirkung beizulegen, denn auch im endgültig abschließenden Verfahren könnte ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot nicht zu dinglicher Wirkung gelangen. Das Urteil im endgültig abschließenden Verfahren könnte nur auf weitere Unterlassung unter Strafandrohung nach § 890 ZPO oder auf Schadensersatz lauten. Das Gleiche gilt für das Verfahren im Sicherungsprozeß[357]). Die einstweilige Verfügung darf also dem Antragsgegner die Veräußerung bei Androhung einer Geldstrafe verbieten. Dem Veräußerungsverbot darf aber nicht die Wirkung des § 136 BGB beigelegt werden.

3. Nach §§ 6 Abs. 2, 46 Ziffer 5, 47 GmbH-Ges. ist es Aufgabe der Gesellschafterversammlung, über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zu bestimmen. Dem einzelnen Gesellschafter ist ein Recht auf Abberufung eines Geschäftsführers nicht gegeben. Er würde also im endgültig abschließenden Verfahren die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis eines Geschäftsführers nicht erreichen können. Ein Antrag eines einzelnen Gesellschafters auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die einem Geschäftsführer die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden soll, ist abzulehnen, da dem Antrag-

---

[355]) Vgl. Kreß a. a. O., Hartmann S. 56, Stein-J. Anm. I 3 zu § 938 S. 990.

[356]) Vgl. Kreß in JW 1909 S. 6.

[357]) Vgl. zutreffend Oertmann in Recht 1916 S. 57 ff.; Rauprich-Pernitzsch S. 60; Hellwig-Oertmann S. 457 § 355 b Fußnote 11). A. A.: Schachian Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte) S. 32; Enneccerus I 1 § 135 Anm. 13; Staudinger Anm. 2 a zu § 137; Anm. 4, 2 c γ zu § 892.

steller im Sicherungsprozeß nicht mehr gewährt werden darf als dieser im endgültig abschließenden Verfahren erreichen kann[358]).

4. Zum Zwecke der Beweissicherung ist verschiedentlich der Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt worden. So wurde z. B. beantragt der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Herbeischaffung von Beweismitteln, Herausgabe von Urkunden, Durchsuchung der Wohnung des Antragsgegners nach Urkunden[359]), oder der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die die Veränderung eines Gegenstandes untersagt, an dem eine Augenscheinseinnahme demnächst stattfinden soll[360]).

Die Entscheidung über derartige Anträge hängt davon ab, ob der Urkunde oder Durchsuchung der Räume des Antragsgegners auf Unterlassung von Veränderungen an dem Beweisgegenstande hat, und ob er diesen Anspruch im Sicherungsprozeß geltend macht. Stützt der Antragsteller seinen Antrag lediglich auf den Anspruch, dessen Bestehen er durch die Urkunde beweisen will, nicht aber auf einen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde, so darf zum Zwecke der Beweissicherung keine einstweilige Verfügung auf Herausgabe der Urkunde oder Durchsuchung der Räume des Antragsgegners nach der Urkunde erlassen werden. Der Anspruch, dessen Beweis gesichert werden soll, ist nicht auf Herausgabe der Urkunde gerichtet. Seine Geltendmachung würde also auch im endgültig abschließenden Verfahren nicht zu einer Entscheidung führen, die die Grundlage für eine Durchsuchung der Wohnung des Gegners nach der Urkunde oder für die Erzwingung der Herausgabe an den Antragsteller bilden könnte (vgl. §§ 883, 758 ZPO). In Bezug auf derartige Beweisurkunden, die sich beim Gegner befinden, kann vielmehr im endgültig abschließenden Verfahren zur Erzwingung der Vorlegung der Urkunde lediglich die Leistung des Vorlegungseides verlangt werden[361]).

Ebensowenig kann eine einstweilige Verfügung verbieten, an einem Beweisgegenstande Veränderungen vorzunehmen, wenn ein Anspruch auf Unterlassung der Veränderungen nicht besteht, oder, sofern er besteht, nicht geltend gemacht wird. Die Geltendmachung des Anspruchs, dessen Beweis gesichert werden soll, führt nicht zum Ausspruch des Verbots von Veränderungen an dem Beweisgegenstande[362]). Im Beweissicherungsverfahren besteht lediglich die Möglichkeit, eine Augenscheinseinnahme anzuordnen.

---

[358]) Vgl. KG in Rsp. 24, 154; Rauprich-Pernitzsch S. 58; Stein-Jonas Anm. I 3 zu § 938 S. 990.

[359]) Vgl. Rsp. 23, 234; Recht 1911 Nr. 594.

[360]) Vgl. Sydow-Busch Anm. 4 zu § 938 S. 1197, sowie Rsp. 19, 244.

[361]) Vgl. Rsp. 23, 234; Recht 1911 Nr. 594 (beide zum Teil aus abweichenden Gründen) Stein-J. Anm. I 3 zu § 938 S. 990, Fußnote 12; Stern S. 99 unter f; Rauprich-Pernitzsch S. 58; Hein, Handbuch S. 619; vgl. auch Rsp. 10, 401 (keine e. V. auf Herausgabe von Urkunden, wenn nur ein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung besteht); Hartmann S. 56.

Abschnitt IV.

Grenzen, die sich aus der vorläufigen Natur und dem Sicherungscharakter der einstweiligen Verfügungen für den Inhalt der zu treffenden Anordnungen ergeben.

Kapitel I.

§ 24.

Die vorläufige Natur der einstweiligen Verfügungen und ihre grundsätzliche Bedeutung für deren Inhalt.

Die einstweiligen Verfügungen sind, wie schon ihre Bezeichnung zeigt, vorläufige Anordnungen. Sie erstreben keine endgültige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses, sondern ergehen zum Zwecke einer vorläufigen Sicherung der Rechte des Antragstellers. Sie können aufgehoben werden, wenn der Antragsteller es unterläßt, eine endgültige Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses im endgültig abschließenden Verfahren herbeizuführen, oder wenn der Antragsteller in diesem unterliegt (vgl. §§ 926, 927; 936 ZPO). Es fragt sich, inwieweit die vorläufige Natur und der Sicherungscharakter der einstweiligen Verfügungen den Kreis der Maßnahmen begrenzt, die im Wege einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden dürfen.

I. Naheliegend erscheint es, nur solche Maßnahmen für zulässig zu halten, die keinerlei endgültige, irreparable Wirkungen haben[363]). Das würde bedeuten, daß nur solche Anordnungen getroffen werden dürfen, deren Durchführung eine spätere Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohne Erlaß der einstweiligen Verfügung bestanden hätte, nicht ausschließt. Eine derart weitgehende Begrenzung des freien richterlichen Ermessens bei Bestimmung des Inhalts der einstweiligen Verfügungen ist nicht möglich, denn auch bei Anordnung einer der in § 938 Abs. 2 ZPO angeführten Maßnahmen ist der Eintritt endgültiger, irreparabler Wirkungen sehr leicht möglich. Durch jedes Veräußerungsverbot, durch jede Sequestration kann dem Antragsgegner für immer eine besonders günstige Veräußerungsgelegenheit entgehen, er kann in eine schwierige wirtschaftliche Lage und in Konkurs geraten. Ein Verlust, eine Beschädigung, Vernichtung oder Veruntreuung einer Sache, deren Sequestration angeordnet ist, kann auf dem Transport zum Sequester oder bei diesem selbst auch bei sorgfältigster Personenwahl eintreten. Gleichwohl läßt das Gesetz die Anordnung derartiger Maßnahmen zu.

II. Es fragt sich indessen, ob auch solche Maßnahmen angeordnet werden dürfen, die ihrem Wesen nach, nicht infolge besonderer, mehr oder weniger zufälliger Ereignisse definitive, irreparable Wirkungen haben.

---

[362]) Vgl. zutreffend Sydow-Busch Anm. 4 zu § 938 S. 1197. A. A. anscheinend Rsp. 19, 244.

[363]) So z. B. Baumbach Anm. 1 zu § 938 ZPO (Auf Grund der im Arrestverfahren nur möglichen oberflächlichen Prüfung dürfe niemandem unwiederbringlicher Schaden zugefügt werden).

Die §§ 935 ff. ZPO geben für die Lösung dieser Frage keine Anhaltspunkte. Solche sind vielmehr aus dem Verhältnis der einstweiligen Verfügungen der §§ 935 ff. zur Selbsthilfe des BGB, sowie zu den einstweiligen Verfügungen der §§ 627 ZPO, 1716 BGB zu entnehmen.

Kapitel II.

Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen mit irreparablen Wirkungen, sowie von einstweiligen Verfügungen mit Befriedigungswirkung.

§ 25.

Die Befugnis zur Selbsthilfe als Maßstab für die Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewähr im Sicherungsprozeß.

I. Die Selbsthilfe, die in § 229 BGB unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt ist, dient, ebenso wie die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO und unter Umständen auch die nach § 940 ZPO [364]) dem Schutze eines Gläubigers gegen die Gefahr einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Verwirklichung seines Anspruchs.

Die Abgrenzung der Selbsthilfe von der Staatshilfe ist in der Weise erfolgt, daß die Selbsthilfe nur dann gestattet ist, wenn Staatshilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann (§ 229 BGB). Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, daß die Rechtspflege zur Staatsaufgabe erhoben und die Selbsthilfe grundsätzlich verboten ist [365]). Hieraus folgt einmal, daß der Staat ein Mehr an Macht haben muß als der Einzelne, denn sonst könnte der Staat diesem die Selbsthilfe nicht verbieten. Weiter aber auch, daß die Macht des Staates bei Ausübung seiner Rechtspflege, namentlich auch im Sicherungsprozeß, nicht geringer sein kann als die Befugnis des Einzelnen zur Selbsthilfe. Wäre dies nämlich der Fall, so müßte der Gläubiger zur Selbsthilfe berechtigt sein, wenn Staatshilfe im Wege des Sicherungsprozesses infolge der für diese gezogenen engeren Grenzen nicht gewährt, und Staatshilfe auf Grund eines endgültig abschließenden Verfahrens nicht rechtzeitig erlangt werden könnte. Daß diese Ueberordnung der Selbsthilfe dem Sinn des Gesetzes nicht entspricht, ergibt sich aus § 230 BGB. Wenn dort bestimmt ist, daß im Falle der Wegnahme von Sachen die staatliche Zwangsvollstreckung erwirkt oder ein Arrest beantragt werden müsse, und daß bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestantrages die Rückgabe der weggenommenen Sachen zu erfolgen habe, so zeigt dies, daß die Selbsthilfe auch der sofortigen Staatshilfe, wie sie im Sicherungsprozeß gewährt wird, untergeordnet ist. Hellwig [366]) kennzeichnet daher das

---

[364]) Vgl. oben Einleitung S. 3, 4.
[365]) Vgl. hierzu Böhme S. 57.
[366]) Vgl. Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit S. 14; Schulte S. 27; Heyer im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 61, 63; vgl. auch Briegleb S. 522 ff.

Verhältnis der Selbsthilfe zur sofortigen Staatshilfe dahin, daß die erstere „das Provisorium eines Provisoriums" bilde.

II. Aus dem dargelegten Unterordnungsverhältnis der Selbsthilfe gegenüber der Staatshilfe folgt zunächst, daß die Staatsmacht zur Rechtsschutzgewähr im Sicherungsprozeß nicht enger begrenzt sein kann als die Befugnis des Gläubigers zur Selbsthilfe. Es läßt sich weiter der Schluß ziehen, daß der Staat in den Fällen, in denen der Gläubiger zur Selbsthilfe greifen darf, zur Rechtsschutzgewähr verpflichtet ist, und zwar auch dann, wenn an sich Selbsthilfe möglich wäre. Die Selbsthilfe ist ja stets nur eine Befugnis und nicht eine Pflicht. Der Staat muß darum den gleichen Rechtsschutz im Sicherungsprozeß gewähren, wie ihn sich ein Gläubiger sonst im Wege der Selbsthilfe selbst verschaffen könnte. Er würde, wenn sämtliche Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorliegen, durch Ablehnung des Erlasses der einstweiligen Verfügung das aus dem Justizanspruch sich ergebende Recht auf eine dem gerichtsbekannten Tatbestand entsprechende Entscheidung verletzen[368]).

Im Folgenden ist zu untersuchen, in welchen Fällen der Staat infolge der dem Gläubiger gewährten Befugnis zur Selbsthilfe zur Rechtsschutzgewähr verpflichtet ist und welche Anordnungen demgemäß getroffen werden müssen.

§ 26.

Zulässigkeit der Anordnung von einstweiligen Verfügungen mit irreparablen Wirkungen.

I. In § 229 BGB ist dem Anspruchsinhaber gestattet, zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegzunehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Man könnte nun meinen, daß die Befugnis zur Selbsthilfe nach § 229 BGB begrenzt wird durch den Rahmen, der sich aus der vorläufigen Natur der einstweiligen Verfügungen für die sofortige Staatshilfe ergibt. Wäre dies nämlich der Fall, so würde die Auffassung, daß für die einstweiligen Verfügungen zur Sicherung der Verwirklichung eines Anspruchs und demgemäß für die Selbsthilfe Maßnahmen mit irreparablen Wirkungen ausgeschlossen seien, zum mindesten vertretbar sein. Die in § 229 BGB dem Gläubiger verliehene Befugnis zur Schädigung oder Zerstörung einer Sache würde nach dieser Auffassung nur dann bestehen, wenn eine Wiederherstellung der Sache, deren Beschädigung oder Zerstörung zur Sicherung der Anspruchsverwirklichung erforderlich ist, gewährleistet wäre. Praktisch würde das bedeuten, daß nur vertretbare Sachen beschädigt oder zerstört werden dürften, weil hier die beschädigte oder zerstörte Sache durch eine neue ersetzt werden könnte.

Der Gläubiger wäre damit vor Fragen gestellt, die er häufig nicht beantworten könnte. Woher soll er wissen, ob eine Wiederherstellung der Sache in Betracht kommt, ob es sich um eine vertretbare Sache handelt, die er zum Zwecke der Selbsthilfe beschädigen

---

[367]) Vgl. Böhme S. 57.
[368]) Vgl. Böhme S. 53 ff., insbesondere S. 56.

oder zerstören darf. Zudem müßte nach dieser Ansicht in vielen Fällen das Recht zur Selbsthilfe ausgeschlossen sein, in denen ein dringendes Bedürfnis dafür besteht. Gegen die Beschränkung der Selbsthilfe auf reparable Maßnahmen spricht auch der Wortlaut des Gesetzes. Beschädigung und Zerstörung einer Sache sind in der Regel irreparabel. Wollte das BGB in § 229 dem Gläubiger die Befugnis zur Beschreitung der Selbsthilfe nur für die wenigen Fälle gewähren, in denen die Eingriffe reparabel sind, so mußte dies ausdrücklich hervorgehoben werden.

II. Wir können somit den Satz aufstellen, daß das Gesetz die Selbsthilfe auch dann gestattet, wenn diese nur mit irreparablen Wirkungen durchführbar ist[369]). Da die Befugnisse des Staates nicht geringer sind, so darf er im Sicherungsprozeß Anordnungen treffen, deren Durchführung irreparable Wirkungen hat. Man setze etwa folgenden Fall: Ein Kaufmann hat für eine Lieferung einen Scheck erhalten, sich aber dem Aussteller gegenüber verpflichtet, den Scheck unter bestimmten Voraussetzungen dem Bezogenen nicht zur Zahlung vorzulegen. Nachdem diese Voraussetzungen eingetreten sind, gibt der Kaufmann den Scheck einem Boten mit dem Auftrage, diesen dem Aussteller zurückzubringen. Er erfährt dann, daß der Bote den Scheck nicht an den Aussteller zurückbringen, sondern dem Bezogenen zur Zahlung vorlegen will[370]). Hier könnte der Kaufmann zur Sicherung der Verwirklichung seines Anspruchs auf Herausgabe des Schecks seitens des Boten an den Aussteller dem Boten den Scheck mit Gewalt wegnehmen. Der Staat muß daher im gleichen Fall zur Rechtsschutzgewähr im Sicherungsprozeß verpflichtet sein, wenn sich der Kaufmann rechtzeitig an den Staat wendet. Als Sicherungsmaßnahme des Staates kommt hier die Sequestration des Schecks in Betracht. Der Staat müßte die Sequestration auch dann anordnen, wenn diese infolge Fristablaufs (vgl. § 11 Scheckgesetz) die Ausübung von Regreßrechten unmöglich macht (vgl. § 16 Scheckgesetz). Da Rechtsschutzgewähr nur durch eine Anordnung gewährt werden kann, die irreparable Wirkungen hat, muß in diesem Falle der Staat eine einstweilige Verfügung mit irreparablen Wirkungen erlassen.

Das Schrifttum steht im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung auf dem Standpunkt, daß einstweilige Verfügungen mit irreparablen Wirkungen unzulässig seien[371]). Als Beispiel für eine hiernach unzulässige Anordnung wird meist die Löschung einer Hypothek oder Firma angeführt[372]). Unsere Darlegungen ergeben, daß die Irreparabilitätsfolge eine Verfügung, die auf eine Löschung im Grund-

[369]) Vgl. auch die Motive zum Entw. eines BGB Bd. I amtl. Ausgabe S. 345. Die Motive setzen erst für den Sicherungsprozeß die Irreparabilitätsgrenze voraus, erkennen sie aber gerade deshalb für die Selbsthilfe des BGB nicht an.

[370]) Vgl. auch JW 1908 S. 530 Nr. 17: Verbot, über Wechsel zu verfügen, der aus Wuchergeschäft herrührt.

[371]) Vgl. Baumbach Anm. 1 zu § 938; Stern S. 100; O. Hein, Handb. S. 621; Sydow-Busch zu § 938 ZPO.

[372]) Vgl. Stern S. 100; Hartmann S. 54; Hein, Handb. S. 621; Drum S. 43; JW 1908 S. 434; Rspr. 13, 236; 27, 182; JW 1903 S. 126; vgl. auch Stein-Jonas Anm. I 2 zu § 938 S. 990.

buch oder Handelsregister abzielt, nicht ausschließt. Eine solche Verfügung wird freilich in der Regel über den Rahmen des Erforderlichen hinausgehen und deswegen unzulässig sein. Immerhin kann der Erlaß einer Verfügung auf Löschung einer Hypothek möglich sein, wenn der Eigentümer dringend Geld benötigt, der bisherige Hypothekengläubiger aber trotz Untergangs der Forderung aus Schikane die Löschung verhindert. Gegen diese Verfügung könnte lediglich eingewendet werden, daß sie unzulässig sei, weil sie zur Befriedigung des Antragstellers führte. Mit der Frage der einstweiligen Verfügungen mit Befriedigungswirkung haben sich die folgenden Ausführungen zu befassen.

§ 27.

Die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügungen auf vorläufige Befriedigung.

I. Die Zulässigkeit des Erlasses von einstweiligen Verfügungen mit irreparablen Wirkungen besagt noch nicht, daß auch einstweilige Verfügungen erlassen werden dürfen, deren Vollziehung zu einer Befriedigung des Antragstellers führt. Es ließe sich einwenden, daß damit das Ergebnis des endgültig abschließenden Verfahrens vorweggenommen werde; eine solche Vorwegnahme sei mit dem Wesen der einstweiligen Verfügungen unvereinbar.

Einen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit derartiger Anordnungen bietet wiederum der Grundsatz der Unterordnung der Selbsthilfemacht des Einzelnen unter die Staatsmacht. Darf ein Gläubiger im Wege der Selbsthilfe den Zustand herstellen, der der Verwirklichung seines Anspruchs entspricht, so muß auch der Staat das Recht und die Pflicht zur Herstellung dieses Zustandes haben, wenn er nur auf diese Weise eine Sicherung der Anspruchsverwirklichung herbeiführen kann. Eine Reihe von Beispielen soll zeigen, daß der Gläubiger gegebenenfalls im Wege der Selbsthilfe den seinem Anspruch entsprechenden Zustand herstellen darf.

1. a) Jemand hat einen Acker oder einen Weinberg gepachtet. Der Verpächter bestreitet zu Unrecht das Bestehen des Pachtvertrages. Die Verwirklichung des aus dem Pachtvertrage sich ergebenden Fruchterwerbsrechts würde vereitelt oder wesentlich erschwert werden, wenn der Verpächter die rechtzeitige Aberntung verhindern würde. Der Pächter darf daher den Widerstand des Verpächters gegen die Aberntung nach § 229 BGB mit Gewalt beseitigen, wenn Staatshilfe nicht rechtzeitig zu erreichen wäre [373]). Im entsprechenden Falle müßte der Staat dem Pächter Rechtsschutz gewähren, wenn dieser rechtzeitig den Erlaß einer einstweiligen Verfügung begehrt. Es wäre eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die dem Antragsgegner aufgibt, die Aberntung des Ackers oder Weinbergs durch den Antragsteller zu dulden.

b) Jemand hat einen Anspruch auf Herausgabe eines Tieres. Es besteht die Gefahr, daß das Tier infolge schlechter Behandlung

---

[373]) Vgl. zutreffend Staudinger Kommentar zum BGB Band I S. 854.

seitens des herausgabepflichtigen Besitzers zu Grunde geht. Zur Sicherung des Herausgabeanspruchs darf das Tier dem Besitzer im Wege der Selbsthilfe weggenommen werden, wenn Staatshilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

Wendet sich der Herausgabeberechtigte rechtzeitig an den Staat, so muß dieser im Wege der einstweiligen Verfügung Hilfe bringen. Ist die Verwahrung und Pflege des Tieres durch einen Dritten nicht möglich, so ist eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die die Herausgabe des Tieres an den Antragsteller anordnet[374]).

c) Eine Schiffahrtsgesellschaft hat für die Osterfeiertage einen Landesteg angelegt und mit den Anliegern vereinbart, daß der Zugang zu der Landestelle an den Osterfeiertagen offen zu halten und die Benutzung der Wege, die zur Landestelle führen, zu dulden sei. Die aus dem Vertrage für die Schiffahrtsgesellschaft sich ergebenden Ansprüche würden vereitelt werden, wenn die Anlieger den Zugang an den Ostertagen versperren würden. Die Schiffahrtsgesellschaft wäre berechtigt, den Zugang mit Gewalt zu öffnen und einen etwaigen Widerstand des Verpflichteten mit Gewalt zu beseitigen, wenn Staatshilfe nicht rechtzeitig zu erreichen wäre[375]). Wendet sich hingegen die Schiffahrtsgesellschaft noch rechtzeitig an ein Gericht mit dem Ersuchen um Hilfeleistung im Sicherungsprozeß, so muß dieses im Wege einer einstweiligen Verfügung dem Antragsgegner die Oeffnung des Zuganges und die Duldung der Wegebenutzung aufgeben.

2. a) Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung ist stets zulässig, soweit er zur Sicherung der Anspruchsverwirklichung erforderlich ist. Diese Erwägung führt dazu, dem Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Verfügung aufzugeben die geschuldete Leistung zu bewirken — ein Tier herauszugeben, einen Zugang zu öffnen, die Aneignung von Früchten oder die Benutzung eines Grundstücks zu dulden. Die vorläufige Natur der einstweiligen Verfügungen steht derartigen Anordnungen nicht entgegen. Vielmehr stellen sich in derartigen Fällen die einstweiligen Verfügungen als Anordnungen dar, die eine einstweilige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses treffen[376]).

Die Zulässigkeit ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Gefahr für die Anspruchsverwirklichung ihren Grund in der Besorgnis einer Veränderung des bestehenden Zustandes hat. Es ist daher unzutreffend, wenn Hamelbeck[377]) annimmt, eine einstweilige Verfügung mit Befriedigungswirkung könne deswegen nicht auf § 935 ZPO gestützt werden, weil diese Bestimmung einer Ver-

---

[374]) Vgl. Drum S. 18.

[375]) Zutr. Heyer, Arch. f. bürg. Recht Bd. 19 S. 74 ff.

[376]) a) Im Ergebnis übereinstimmend Drum S. 17 ff.; Stern S. 14, 99; Rauprich-Pernitzsch S. 70, 83 ff.; Förster-Kann Bem. 1 zu § 938; Sydow-Busch-Kranz Anm. 1 zu § 938; Seuffert Anm. 1 zu § 938.

b) RG in Gruchot Band 44 S. 745. — A. A.: Göppert in Gruchots Beitr. Band 38 S. 838 ff.; insbesondere S. 852; Sonnen in JW 27, 2473; Neukamp Anm. a zu § 938 S. 1106 (Keine e. V. mit Befriedigungswirkung, da sonst der Entscheidung im Prozesse vorgegriffen werde). Vergl. auch Rsp. 1, 135; 29, 273 d; 40, 433; SA 57, 152; JW 87, 206.

[377]) Vgl. Hamelbeck in ZfZP Band 55 S. 235.

änderung des bestehenden Zustandes vorbeugen solle. Die Bestimmung des § 935 ZPO bezweckt zwar, einer Veränderung des Zustandes vorzubeugen, die die Verwirklichung eines Anspruchs gefährdet oder erschwert, schließt aber keineswegs Anordnungen aus, die zum Schutze gegen eine derartige Zustandsveränderung selbst eine Zustandsveränderung durch Befriedigung des Gläubigers herbeiführen.

Auch der Gesichtspunkt der Zustandsregelung, auf den es für die Auslegung des § 940 ZPO ankommt, kann dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung nicht entgegenstehen, und zwar auch dann nicht, wenn die Leistung auf Grund der einstweiligen Verfügung das Schuldverhältnis vollkommen zum Erlöschen bringen würde. Das zeigt insbesondere der oben[378]) erörterte Fall, in dem eine Schiffahrtsgesellschaft einen Anspruch auf Oeffnung des Zuganges zu einer Anlegestelle an einem bestimmten Tage hatte. Die einstweilige Verfügung, die dem Antragsgegner die Oeffnung des Zugangs aufgibt, ist nach § 940 ZPO zu erlassen, weil die Gefahr der Anspruchsvereitelung ihren Grund nicht in der Besorgnis einer Veränderung des bestehenden Zustandes, sondern im bloßen Zeitablauf hatte. Die in der einstweiligen Verfügung enthaltene Anordnung muß daher als Regelung eines einstweiligen Zustandes angesehen werden[379]).

b) Befriedigungsverfügungen nach § 940 ZPO, deren Zulässigkeit zum Schutze gegen eine Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Anspruchsverwirklichung dargelegt ist, müssen auch zum Schutze gegen sonstige Gefahren zulässig sein. § 940 ZPO dient nicht nur dem Schutze gegen die Gefahr der Vereitelung oder Erschwerung der Anspruchsverwirklichung, sondern überhaupt der Erhaltung des Rechtsfriedens[380]). Die Bedeutung des § 940 ZPO kann aber nicht verschieden sein, je nachdem, ob es sich um einstweilige Verfügungen zum Schutze der Anspruchsverwirklichung oder um solche, die allgemein zum Schutze des Rechtsfriedens dienen, handelt.

II. Uebersicht über die Befriedigungsverfügungen.

1. Primärer Sicherungszweck.

a) Eine einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung kommt in erster Line bei Ansprüchen in Betracht, die auf ein Unterlassen gerichtet sind. Die Verwirklichung eines Unterlassungsanspruchs würde durch ein verbotswidriges Verhalten des Anspruchsgegners völlig oder teilweise vereitelt werden, da eine nachträgliche Beseitigung des verbotswidrigen Verhaltens undenkbar ist[381]). Eine Sicherung

---

[378]) Vgl. oben.

[379]) Vgl. zutr. Hartmann S. 39 ff.; (Mit jeder Regelung sei die Herstellung eines bestimmten Zustandes verbunden; eine einstweilige Regelung könne auch bei Rechtsverhältnissen herbeigeführt werden, die durch eine einmalige Leistung zur Erledigung kommen) ferner Drum S. 58 ff., insbes. S. 60 unter V; KG in JW 20, 1041.

[380]) Vgl. Hartmann S. 43 ff.

[381]) Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 261; Hartmann S. 33.

der Anspruchsverwirklichung ist nur durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung möglich, die das verbotswidrige Verhalten untersagt. Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Ein Flußanlieger verunreinigt einen Fluß durch Einleitung übelriechender oder für die Fischzucht schädlicher Abwässer[382]; ein Landwirt entlüftet seinen Stall nach einem benachbarten Wohngrundstück[383]; ein Fabrikbetrieb verursacht übermäßige Geräusche und dergleichen. In allen diesen Fällen ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung erforderlich, die weitere Immissionen untersagt. In ähnlicher Weise ist zur Sicherung eines Unterlassungsanspruchs eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die die Schließung eines Hauseinganges[384], Sperrung eines Weges[385], Störung der Brunnenbenutzung[386], der Jagdausübung[387], den wirtschaftlichen Boykott[388], das Streikpostenstehen[389], die vertragswidrige Beflaggung eines Grundstücks mit einer politischen Flagge, die Verbreitung unwahrer Behauptungen durch Flugblätter und Anschlag an Reklameflächen[390] ausspricht. Weitere Fälle sind Verbot einer Theateraufführung[391]; Verbot gegenüber einem Geschäftsführer einer offenen Handelsgesellschaft, eine Handlung vorzunehmen, der ein anderer geschäftsführender Gesellschafter widersprochen hat[392]; Verbot der Abholzung eines mit einer Hypothek belasteten Waldgrundstücks[393].

Jemand hat sich verpflichtet auf seinem Grundstück einen bestimmten Gewerbebetrieb zu unterlassen[394]; ein Kaufmann hat einem anderen seine Kundschaft übertragen und sich zur Liquidation seines Unternehmens verpflichtet[395]; ein Kaufmann hat sich bei seinem Austritt aus einem Unternehmen verpflichtet, nicht in einem Konkurrenzunternehmen tätig zu werden[396]. Handelt der Betreffende, der

---

[382]) SA 38 Nr. 294 S. 379.

[383]) Vgl. Kreß in JW 09 S. 5 ff.

[384]) Vgl. Drum S. 18.

[385]) Vgl. JW 05 S. 155.

[386]) Vgl. Gruchot Band 38 S. 1002.

[387]) Vgl. Drum S. 18; Stern S. 97; Recht 1910 Nr. 1141; Rsp. 19, 244.

[388]) Vgl. RG 61, 89; Stern S. 97.

[389]) Vgl. Entscheidung des OLG Jena vom 24. 5. 27 — 2 W 563/27 — in „Industrieschutz" 1930 Juni I S. 10; vgl. auch JW 22, 307; NZfArbr. 1927 S. 384; Oertmann S. 74.

[390]) A. A.: Anscheinend LG Dessau vom 12. Juli 1932 — 2 Q 19/32 — (Es könne nicht Aufgabe einer e. V. sein, eine durch Anschlag von Plakaten geschehene Rechtsverletzung dadurch auszumerzen, daß die Beseitigung der Plakate angeordnet würde).

[391]) Vgl. Richard Schmidt, Lehrbuch S. 748 ff.

[392]) Vgl. Seuffert zu § 938.

[393]) Vgl. Hein, Duldung S. 82 ff., S. 256 fff.

[394]) Vgl. Annalen des K. Sächs. OLG Bd. 21 S. 467; Drum S. 34.

[395]) Vgl. RG in SA 52 Nr. 66; Gruchots Beitr. Bd. 39 S. 1101; Stern S. 97; vgl. auch RG in SA 43, 382 Nr. 253 (Verbot der vertragswidrigen Kohlenförderung), sowie SA 52 Nr. 66 (Verbot, den Kunden des Antragstellers bestimmte Waren anzubieten).

[396]) Vgl. OLG Frankfurt in Samml. von Entsch. in Rechts- und Verwaltungssachen aus dem Bezirk des OLG Frankfurt a. M., 30. Jahrg. S. 360 ff.; vergl. ferner RG in JW 1895 S. 242 Nr. 13; JW 1892 S. 371; Drum S. 35; Stern S. 97 unter c.

sich zur Unterlassung verpflichtet hat, dem Verbot zuwider oder gibt er Anlaß zu der Besorgnis, daß er diesem zuwiderhandeln werde, so im Wege der einstweiligen Verfügung die Zuwiderhandlung zum Zwecke der Sicherung der Anspruchsverwirklichung zu verbieten [397]).

b) Befriedigungsverfügungen kommen auch bei Ansprüchen auf eine positive Leistung zum Schutze gegen die Gefahr einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Anspruchsverwirklichung in Betracht. In der Regel hat dabei die Gefährdung ihren Grund in einem positiven Verhalten des Schuldners.

Ein Mieter oder Pächter hat Möbel oder Inventarstücke, die dem Vermieter- oder Verpächterpfandrecht unterliegen, beiseitegeschafft. Es besteht die Gefahr, daß die Verwirklichung des Pfandrechts durch Veräußerung der Pfandstücke endgültig vereitelt oder zum mindesten erschwert wird. Alsdann muß die Zurückschaffung der Möbel oder Jnventarstücke angeordnet werden, wenn die anderweite Unterbringung untunlich ist [398]). — Durch das Verhalten eines Mieters entsteht die Gefahr, daß der Zustand der gemieteten Wohnung dauernd verschlechtert wird, etwa durch Ungeziefer, Schwamm, übermäßige Abnutzung. Eine Sicherung des Antragstellers gegen Vereitelung seines vertraglichen Anspruchs auf Herausgabe der Wohnung in gutem Zustande kann nur durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung erreicht werden, die dem Antragsgegner die Räumung der Wohnung aufgibt [399]). — Ebenso kann die Herausgabe eines Kindes [400]) oder einer besonders gearteten beweglichen Sache [401]) (etwa Chemikalien, die eine besondere Aufbewahrung erfordern) angeordnet werden. — Die Befriedigungsverfügungen bei Positivansprüchen sind auch dann geboten, wenn die Gefährdung ihren Grund im Zeitablauf hat. Die Verwirklichung eines Anspruchs auf Leistung zu einem bestimmt angegebenen Zeitpunkt, oder auf Dauerleistung während eines bestimmten Zeitabschnittes (Fixgeschäft, vgl. §§ 361 BGB, 376 HGB) würde teilweise oder ganz vereitelt werden, wenn bis zu dem bestimmten Zeitpunkt oder während des vereinbarten Zeitabschnittes der Antragsgegner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, da eine

---

[397]) Vgl. die Anm. 394—396 Angeführten. — A. A. (gegen die Zulässigkeit des Verbots): Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 52 (N. F. Bd. 32) S. 256 Nr. 8; JW 1887 S. 206; Rsp. 1, 135.

[398]) Vgl. zutr. Stern S. 14 ff., S. 91; RG in Recht 1908 Nr. 3671. — A. A.: Jahrb. der Württemb. Rechtspfl. Bd. 21 S. 185 (Eine e. V. dürfe nicht darauf abzielen, den dem Recht des Antragstellers entsprechenden Zustand herzustellen).

[399]) Vgl. zutr. OLG Kassel in Rsp. 40, 433 (Die Anordnung der Räumung sei sowohl nach § 935, 938 wie nach § 940 ZPO zulässig); ebenso Stern S. 14 ff.; SA 49 Nr. 292 (Herausgabe eines Landgutes); SA 16, 49 (Räumung eines Pachtgutes); LG Dessau vom 25. September 1930 — 2 Q 43/30 — (Herausgabe einer Wohnung an Antragsteller, weil Herausgabe an Sequester wegen der Kosten untunlich sei). Vgl. aber auch § 18 MSchG.

[400]) Vgl. Stern S. 91.

[401]) Vgl. Stern S. 15; SA 58 Nr. 22; Rsp. 3, 14.

Nachholung der Leistung nicht möglich ist[402]). Auch hier ist zur Sicherung der Anspruchsverwirklichung eine einstweilige Verfügung mit Befriedigungswirkung zu erlassen. Jemand hat beispielsweise ein Fenster für einen Umzug[403]), einen Saal für eine bestimmte Feier, einen Wagen für eine bestimmte Fahrt gemietet ,der Vermieter weigert sich plötzlich den Gebrauch der gemieteten Sache zu überlassen. Es ist eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die die Ueberlassung der gemieteten Sache anordnet. — Ein Hauseigentümer hat sich verpflichtet, die zentrale Heiz- und Warmwasseranlage während einer bestimmten Jahreszeit in Betrieb zu halten. Unterläßt er vertragswidrig das Heizen, so wird der Anspruch des Mieters teilweise vereitelt, da eine Nachholung der Leistung nicht möglich ist. Es ist eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die dem Vermieter aufgibt, die Heizungsanlage in Betrieb zu setzen[404]). Stellt eine Kohlengrube, die einem Industriewerk den täglichen Kohlenbedarf zu liefern hat, vertragswidrig die Lieferung ein oder führt ein Fuhrunternehmer, der täglich einen Arzt zu fahren hat, die Fahrten nicht mehr aus, so ist ebenfalls die Weitererfüllung der geschuldeten Leistungen anzuordnen. — Eine Krankenkasse nimmt zu Unrecht an, daß ein Grund zur sofortigen Kündigung eines zwischen ihr und einem Arzte geschlossenen sogenannten Arztvertrages vorliege. Der Arzt beantragt zur Sicherung seines Anspruchs auf Fortsetzung der Vertragsbeziehungen den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, die dem Antragsgegner die Fortsetzung des Vertrages, insbesondere die Wiedereintragung in das Verzeichnis der Kassenärzte, aufgeben soll. Die einstweilige Verfügung ist zu erlassen, und zwar zur Sicherung der Anspruchsverwirklichung. Denn der aus dem Arztvertrage sich ergebende Anspruch auf dauernde Zulassung des betreffenden Arztes zur Kassenbehandlung würde für die Zeit, in der der Arzt aus der Arztliste gestrichen ist, vereitelt werden[405]).

2. Befriedigungsverfügungen mit primärem Rechtsfriedenszweck.

In erster Linie kommen einstweilige Verfügungen zur Erhaltung des Rechtsfriedens in Fällen in Betracht, in denen sich ein Unterhaltspflichtiger der Unterhaltszahlung entzieht. Die einstweiligen Verfügungen sind hier zum Schutze gegen die für den Unterhaltsberechtigten aus einer verspäteten Unterhaltszahlung sich ergebenden Gefahren zu erlassen[406]). In ähnlicher Weise kommen in Betracht einst-

---

[402]) Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 246 ff.; Hartmann S. 32 ff.

[403]) Vgl. Hartmann S. 52.

[404]) Vgl. KG in Rsp. 35, 187; ferner: Drum S. 32; Hamelbeck in ZfZP Bd. 55 S. 236; Rsp. 35, 144.

[405]) Vgl. hierzu die Entsch. des LG Dessau vom 26. September 1930 — 2 Q 51/30 —, die die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses anordnet, da nur so irreparable Schäden vermieden werden könnten.

[406]) Im Ergebnis übereinstimmend: RG 9, 334; 27, 429 ff.; 36, 390 ff.; 63, 41; RG in Gruchot 40, 842; 44, 745; 49, 959; in JW 95, 185; 99, 43; SA 51 Nr. 248; KG in Rsp. 3, 365; ferner: SA 40 Nr. 333; Rauprich-Pernitzsch S. 84 ff.; Drum S. 45 ff., 71; Stein-J. Vorbem. IV vor § 916 S. 937 usw.

weilige Verfügungen auf Zahlung von Gehalt[407]), auf Zahlung einer Unfallrente[408]) oder auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses in Ehesachen[409]), auf Zahlung von Arzt- und Kurkosten[410]). Auch bei Ansprüchen auf Herausgabe müssen unter Umständen derartige einstweilige Verfügungen erlassen werden, obwohl eine Vollstreckungsvereitelung oder Erschwerung nicht zu befürchten ist. Man setze den Fall, daß ein Tierarzt aus Schikane die Herausgabe eines von ihm behandelten Blindenhundes verweigert und der Blinde sich ohne den Hund nur unter großer Gefahr bewegen kann[411]). Schließlich muß hiernach auch die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen anerkannt werden, die dem Schuldner die Leistung von Abschlagszahlungen, namentlich bei Schadensersatzansprüchen, aufgibt[412]).

Ist jemand zur Beseitigung eines Verkehrshindernisses verpflichtet, so kann dem Verpflichteten im Wege einer einstweiligen Verfügung die Beseitigung aufgegeben werden, wenn dieser seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Man setze den Fall[413]), daß ein morscher Baum auf das Nachbargrundstück stürzt, auf dem ein Fuhrgeschäft betrieben wird. Die Durchsetzung des Beseitigungsanspruches aus § 1004 BGB ist nicht gefährdet. Bis zur Beseitigung des Hindernisses ist aber der Fuhrunternehmer an der Ausübung seines Gewerbes verhindert, da seine Fuhrwerke das Grundstück nicht verlassen können. Die einstweilige Verfügung dient dazu, dem Fuhrunternehmer die Ausübung seines Gewerbes zu ermöglichen und die Entstehung eines sich ständig steigernden Schadens zu verhindern. — Auch die Erfüllung eines Kaufvertrages kann im Wege einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden, selbst wenn durch die verspätete Lieferung die Anspruchsverwirklichung nicht gefährdet wird, so z. B. wenn durch die verspätete Erfüllung der Antragsteller am Antritt einer Reise verhindert werden würde.

III. Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß einstweilige Verfügungen mit Befriedigungswirkung nach §§ 935, 940 ZPO zur Sicherung gegen die Gefahr einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung, nach § 940 ZPO aber auch zur Sicherung gegen sonstige Gefahren zulässig sind. Der systematische Satz der Zulässigkeit von Verfügungen mit Befriedigungswirkung wird durch die positive Regelung, die für bestimmte Arten von einstweiligen Verfügungen in § 627 ZPO, § 1716 BGB gegeben ist, bestätigt.

---

[407]) Vgl. Stein-J. Vorbem. IV vor § 916.
[408]) Vgl. Drum S. 49.
[409]) Vgl. Drum S. 49; Roth S. 29 ff., 54 ff., 60; RG 5, 415, 47, 77; vgl. auch RG 36, 390; Gruchot 33, 1208; Schäfer in ZfRpfl i. B. 2, 92 (auf Grund eines Gewohnheitsrechts). A. A.: Stein-J. Vorbem. IV vor § 916 S. 938.
[410]) Vgl. KG in RSP 9, 85; vgl. RSP 5, 140; Rauprich-Permtzsch S. 83.
[411]) Vgl. Hartmann S. 47 Fußnote.
[412]) Vgl. Drum S. 64; OLG Düsseldorf vom 5. I. 1926 — 5 U. 232/24 —. A. A.: RG 15, 377; JW 96, 372; Gruch. 41, 716.
[413]) Vgl. Hartmann S. 47.

1. Die einstweiligen Verfügungen nach § 627 ZPO.

Nach § 627 ZPO kann das Gericht für die Dauer eines auf Scheidung, Nichtigkeit oder Aufhebung der Ehe gerichteten Rechtsstreits „durch eine einstweilige Verfügung" Anordnungen über das Getrenntleben, die Sorge für die Kinder und die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt treffen.

Die Regelung der Unterhaltspflicht, hat, wie in § 627 ZPO bestimmt ist, nach Maßgabe des § 1361 BGB zu erfolgen. Es ist also die Zahlung einer Geldrente anzuordnen. Nach § 627 ZPO kann dem Antragsgegner die Bewirkung der geschuldeten Leistung bei Dauerschuldverhältnissen aufgegeben werden.

Zur Regelung des Getrenntlebens der Ehegatten, zur Sorge für die Person der Kinder gehört es, daß eine Anordnung über die Unterkunft der Ehegatten und Kinder getroffen wird. Die bloße Gestattung des Getrenntlebens würde zwecklos und unvollkommen sein, wenn dem Ehegatten, dem das Getrenntleben gestattet wird, nicht gleichzeitig durch gerichtliche Anordnung die Möglichkeit einer getrennten Lebensführung gewährt würde. Zu einer Regelung der Unterkunft gehört, daß Anordnungen über die Gegenstände getroffen werden, die zur Einrichtung einer selbständigen Wohnung benötigt werden, denn ein Getrenntleben ohne jeglichen Hausrat kann keinem Ehegatten zugemutet werden[414]). Demnach müssen die nach § 627 ZPO zu erlassenden einstweiligen Verfügungen dem Antragsgegner unter Umständen aufgeben, Gegenstände herauszugeben. Die einstweiligen Verfügungen nach § 627 ZPO können also zur vorläufigen Befriedigung von Ansprüchen führen, die auf eine einmalige Leistung gerichtet sind.

Die Anordnungen nach § 627 ZPO sind „echte" einstweilige Verfügungen[415]): Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß das Gericht „durch einstweilige Verfügung" das Getrenntleben der Ehegatten, die Sorge für die Person der Kinder sowie die Frage der Unterhaltspflicht regeln könne. Es erklärt in Abs. 4 des § 627 ZPO die Bestimmungen der §§ 936 bis 944 ZPO für anwendbar. Der Begriff der einstweiligen Verfügung hat also in § 627 ZPO keine andere Bedeutung als in den §§ 935 ff. ZPO.

Damit findet der Satz eine Bestätigung, daß die vorläufige Natur der einstweiligen Verfügungen dem Erlaß von Anordnungen mit Befriedigungswirkung nicht entgegensteht[416]).

Ferner ergibt sich aus § 627 ZPO eine Rechtfertigung des oben gefundenen Satzes[417]), daß die Befriedigungsverfügungen der „Regelung eines einstweiligen Zustandes"[418]) dienen. Eine nach § 627 ZPO erlassene einstweilige Verfügung enthält die Regelung eines bestimmten Zustandes, denn eine Regelung ohne Zustandsherstellung

---

[414]) Stein-J. Anm. III zu § 627 S. 314; Rauprich-Pernitzsch S. 77.
[415]) Vgl. zutr. Drum S. 42; Roth S. 7; ähnlich RG 9, 336 = SA 51 Nr. 248 S. 376; SA 39 Nr. 75 S. 116; Gruchot Band 40 S. 842.
[416]) Vgl. oben § 27 I.
[417]) Vgl. oben § 27 I, insbes. unter 2a.
[418]) Vgl. § 940 ZPO.

ist undenkbar[419]). Da aber die Regelung nach § 627 ZPO im Wege einer einstweiligen Verfügung erfolgt, muß angenommen werden, daß das Gesetz in ihr die Herstellung eines einstweiligen Zustandes erblickt.

Gegen eine Verallgemeinerung der in § 627 ZPO enthaltenen Rechtsgedanken könnte man einwenden, daß der Zweck des § 627 ZPO, besonders weitgehende Maßnahmen rechtfertige. Man würde damit sagen, daß in den anderen Fällen der Zweck der einstweiligen Verfügung durch weniger weitgehende Maßnahmen erreicht werden könne. Zahlreiche, oben angeführte Beispiele[420]) zeigen aber, daß häufig auch in anderen Fällen, als in denen des § 627 ZPO der Zweck der einstweiligen Verfügungen nur durch Anordnungen mit Befriedigungswirkung erreicht werden kann. Dies gilt insbesondere für Verfügungen, die nach § 940 ZPO zur Erhaltung des Rechtsfriedens erlassen werden sollen. Auch die einstweiligen Verfügungen nach § 627 ZPO dienen der Erhaltung des Rechtsfriedens. Der § 627 ZPO enthält somit nach Zweck und Inhalt keine Sonderregelung, sondern den Ausdruck eines allgemeinen, in § 940 ZPO ausgesprochenen Rechtsgedankens.

2. Die einstweiligen Verfügungen nach § 1716 BGB.

Eine weitere Bestätigung der Auffassung, daß bei den einstweiligen Verfügungen Anordnungen mit Befriedigungswirkung erlassen werden dürfen, findet sich in § 1716 BGB. Nach dieser Bestimmung kann der Vater eines unehelichen Kindes im Wege einer einstweiligen Verfügung aufgegeben werden, der Mutter die Entbindungs- und Sechswochenkosten zu zahlen. Auch bei den Anordnungen nach § 1716 BGB handelt es sich dem Inhalt, Zweck und Verfahren nach um echte einstweilige Verfügungen, lediglich die Voraussetzungen in Bezug auf das Vorhandensein eines Anspruches sind abweichend geregelt[421]). Das zeigt die Ausdrucksweise des Gesetzes, nach der die Anordnungen „durch einstweilige Verfügung" zu erlassen sind, und die Tatsache, daß § 1716 Abs. 2 BGB ohne weiteres die Anwendbarkeit der §§ 935ff. ZPO voraussetzt. Da die Anordnungen des § 1716 BGB einstweilige sind, muß auch der durch sie geregelte Zustand ein einstweiliger sein.

§ 28.

Stellungnahme des Schrifttums zu den befriedigenden Verfügungen.

I. Von einigen Schriftstellern[422]) wird die Zulässigkeit des Er-Erlasses einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung gänzlich abgelehnt. Die §§ 627 ZPO, 1716 BGB werden als Ausnahmegesetze angesehen, die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nicht ausdehnend ausgelegt werden dürften[423]). Hierbei wird übersehen, daß die angeführten Bestimmungen nur insoweit Ausnahmen von den

---

[419]) Vgl. zutr. Hartmann S. 40.
[420]) Vgl. oben § 27 I 1 S. 90 f.; II S. 92 ff.
[421]) Vgl. Roth S. 42; Gimmerthal, ArchfZiv. Pr. 114 S. 285.
[422]) Vgl. oben Fußnote 376 unter b.
[423]) Vgl. insbes. Sonnen in JW 27 S. 2473.

in den §§ 935 ff. ZPO enthaltenen Regeln darstellen, als sie die sachlichen Voraussetzungen für den Erlaß der einstweiligen Verfügung teilweise abweichend regeln, nicht dagegen, soweit sie sich auf den Inhalt der Anordnungen beziehen [424]).

II. Die überwiegende Ansicht [425]) läßt einstweilige Verfügungen mit Befriedigungswirkung im Anschluß an § 627 ZPO bei Dauerschuldverhältnissen zu, hingegen nicht bei Ansprüchen auf eine Einzelleistung. Zur Begründung dieser Auffassung ist angeführt: Die Partei habe in allen Fällen ein Recht auf endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses. Diese werde verhindert, wenn bei Ansprüchen auf eine Einzelleistung Befriedigungsverfügungen ergingen, weil der Anspruch durch die Beitreibung untergehe. Bei Dauerschuldverhältnissen bleibe trotz der Beitreibung einzelner Anspruchsteile noch Raum für die Endklärung, weil das Schuldverhältnis als solches durch einzelne Leistungen nicht zum Erlöschen gebracht werde [426]). Dieser Gesichtspunkt greift indessen nicht durch.

1. Zutreffend ist es, daß Ansprüche auf eine Einzelleistung durch Beitreibung der geschuldeten Leistung untergehen, auch wenn die Beitreibung auf Grund einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Auf die Vollstreckung aus den Entscheidungen des Sicherungsprozesses finden die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung grundsätzlich entsprechende Anwendung (vgl. §§ 928, 936 ZPO). Die Zwangsvollstreckung hat auch dann Befriedigungswirkung, wenn sie auf Grund eines vorläufigen Titels erfolgt [427]).

---

[424]) Vgl. auch Hamelbeck ZfZP Bd. 55 S. 235, der zutreffend darauf hinweist, daß das Verbot der entsprechenden Anwendung von Ausnahmegesetzen nur eine technische Auslegungsregel darstelle, die nie dazu führen dürfe, eine anerkannte wirtschaftlich notwendige Rechtsprechung wieder zu beseitigen.

[425]) Vgl. Roth S. 60 ff.; Stein-Jonas Vorbem. 4 vor § 916 S. 938; Bem. 2 zu 940; Sydow-Busch Bem. 1 zu § 940; Stern S. 95; Ortmann S. 43; Heräus Recht, 1924 S. 505; Hamelbeck ZfZP Bd. 55 S. 235; RG 27, 430; 30, 320; 15, 377 (SA 51 Nr. 320); RG in SA 57 Nr. 152; Rspr. 29. 272; 31, 153; 37, 193; 40, 432; JW 10, 69; 21, 685; Recht 25 Nr. 1020 usw.

[426]) Vgl. Hellwig-Oertmann·II, 2 S. 454. (Die Maßregel dürfe auch bei § 940 nie zu einer endgültigen Befriedigung führen, da dies dem Wesen der einstweiligen Verfügung widerspreche .Es dürfe daher eine e. V. mit Befriedigungswirkung nur bei Dauerschuldverhältnissen erlassen werden, die durch einstweilige Leistung der Raten nicht völlig aufgezehrt würden.) Roth S. 43, S. 48 (bei Dauerschuldverhältnissen greife die e. V. mit Befriedigungswirkung der Entscheidung im Hauptprozeß nicht vor. Daher (?) werde das Rechtsverhältnis durch Leistung der durch die e. V. auferlegten Beträge nicht zum Erlöschen gebracht). Vgl. auch Stein-Jonas Bem. II zu § 940 S. 997; Vorbem. IV vor § 916 S. 937; RG in SA 57 Nr. 152.

[427]) Vgl. z. B. 815 Abs. 3 ZPO. Dort ist bestimmt, daß in einem besonderen Fall (§ 720 ZPO) die Vollstreckung auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils k e i n e Zahlungswirkung haben soll. Daraus folgt, daß grundsätzlich die Vollstreckung auf Grund eines solchen Urteils Zahlungswirkung hat. — Vgl. zutreffend Rosenberg S. 623 S. 689; Stein-J. Anm. I 1 zu § 708 ZPO S. 444; Förster-Kann Bd. 2 S. 452, 431; RG 18; 287; 39, 106.

Hat ein Gläubiger auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils die geschuldete Leistung beigetrieben, so kann er in der höheren Instanz nicht mehr Verurteilung zur Leistung verlangen. Er muß jetzt Feststellung begehren, daß sein Anspruch bestanden hat oder bestehe, sofern er nicht durch die Zwangsleistung getilgt worden wäre[428]). Die Feststellungsklage führt hier in Verbindung mit der in § 717 ZPO gewährten Schadensersatzklage zu einer endgültigen Klärung und Verwirklichung des streitigen Rechts. Entsprechendes gilt für die einstweiligen Verfügungen. Hier ist die Klage im Hauptverfahren als Feststellungsklage durchzuführen, soweit die Vollstrekkung auf Grund der einstweiligen Verfügung zu einer Befriedigung des Gläubigers geführt hat. Die endgültige Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses erfolgt dann im Wege der Schadensersatzklage nach § 945 ZPO. — Ein rechtliches Interesse für die Feststellungsklage ergibt sich daraus, daß die endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses durch eine Leistungsklage nicht mehr herbeigeführt werden kann. Erhebt der Antragsteller die Feststellungsklage nicht von sich aus, so kann er nach § 926 zur Klageerhebung gezwungen werden[429]).

Ebenso, wie die Zwangsvollstreckung auf Einzelleistung, führt die Zwangsvollstreckung, die wegen eines Daueranspruchs betrieben wird, zu einer Befriedigung. Aus dem Dauerschuldverhältnis ergeben sich Ansprüche auf Einzelleistungen, die, ebenso wie sonstige Ansprüche auf Einzelleistungen, durch Erfüllung untergehen. Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen: Ein Ehegatte hat dem anderen Ehegatten Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren. Der Anspruch auf Unterhalt ist auf eine Dauerleistung gerichtet. Aus diesem Dauerschuldverhältnis ergeben sich Einzelansprüche auf Zahlung der jeweils zu bestimmten Zeitpunkten fällig werdenden Unterhaltsraten (vgl. z. B. § 760 BGB). Diese Einzelansprüche auf Zahlung der einzelnen Raten erlöschen durch zwangsweise Beitreibung der geschuldeten Leistung[430]). Für die Befriedigungswirkung bedeutet es keinen Unterschied, ob die Zwangsvollstreckung wegen eines Einzelanspruchs erfolgt, der seinen Ursprung in einem Dauerschuldverhältnis hat, oder wegen eines Einzelanspruches, der diesen Ursprung nicht hat. Eine endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses kann, soweit auf Grund der einstweiligen Verfügung die geschuldete Leistung bei-

---

[428]) Vgl. zutreffend Foerster-Kann Anm. 1 zu § 707 S. 431.

[429]) Vgl. auch Stein-Jonas Anm. 3 zu § 926 S. 967; Baumbach Anm. 3 zu § 926; Sydow-Busch Anm. 4 zu § 926 S. 1177; RG in Gruch. 51, 1083: Wenn dem Antragsteller die Klageerhebung nach § 926 ZPO aufgegeben sei, ergebe sich ein rechtliches Interesse an der Feststellungsklage aus der Gefahr einer Aufhebung der e. V. A. A. Eichhorn S. 56: Eine Feststellungsklage könne den Zweck des § 926, das Provisorium in ein Definitivum zu verwandeln, nicht erreichen.

[430]) Vgl. hierzu die Entscheidung des RGs in SA 52 Nr. 152. Dort ist anerkannt, daß Forderungsrückstände aus einem Dauerschuldverhältnis Schulden seien, die durch einmalige Erfüllung untergehen. Vgl. auch Drum S. 62 ff., der zutreffend darauf hinweist, daß eine sichere Grenzziehung zwischen dauernden und anderen Schuldverhältnissen nicht möglich sei.

getrieben ist, nur im Wege der Feststellung- und Schadensersatzklage erfolgen. Zwar ist bei Dauerschuldverhältnissen eine Leistungsklage auch dann noch möglich, wenn die Zwangsvollstreckung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zu einer Tilgung von Einzelansprüchen geführt hat, die sich aus dem Dauerschuldverhältnis ergeben. Die Leistungsklage kann sich aber nur auf die künftige Leistungspflicht beziehen. Sie ergibt daher nicht, ob der Erlaß der einstweiligen Verfügung, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung erfolgt ist, im Hinblick auf das Vorhandensein eines Anspruchs gerechtfertigt war oder nicht. Folgendes Beispiel möge dies erläutern. B erwirkt am 1. 6. 1932 eine einstweilige Verfügung, durch die dem A eine Unterhaltszahlung von monatlich 100 RM aufgegeben wird. Gleichzeitig erhebt B Klage im Hauptverfahren auf Zahlung des gleichen Betrages seit dem 1. 6. 1932. Das Hauptverfahren ist erst am 1. 3. 1933 entscheidungsreif. Sind die bis zum 1. 3. 1933 fällig gewordenen Unterhaltsbeiträge auf Grund der einstweiligen Verfügung beigetrieben, so kann A nur zur Zahlung der nach dem 1. 3. 33 fällig werdenden Beträge verurteilt werden. Im übrigen muß das Leistungsbegehren abgewiesen werden. Die Verurteilung zur Zahlung des Unterhalts seit dem 1. 3. 33 besagt nicht, daß A bereits seit dem 1. 6. 1932 zur Zahlung des Unterhalts verpflichtet war; es ist möglich, daß die Verpflichtung zur Zahlung des Unterhalts erst nach diesem Tage entstanden ist. Eine Entscheidung im Hauptverfahren darüber, ob die bis zum 1. 3. 1933 fällig gewordenen und beigetriebenen Beträge auf Grund eines bestehenden Schuldverhältnisses geleistet sind, kann nur durch eine Feststellungsklage erreicht werden.

Somit würde, auch wenn die endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses nur im Wege einer Leistungsklage erfolgen könnte, im Hinblick auf die endgültige Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses kein Unterschied bestehen, ob die einstweilige Verfügung mit Befriedigungswirkung auf Grund eines Einzelanspruchs erlassen ist, der mit einem Dauerschuldverhältnis nicht in Beziehung steht, oder auf Grund eines Dauerschuldverhältnisses.

III. Die vorstehenden Erörterungen haben somit ergeben, daß einstweilige Verfügungen mit Befriedigungswirkung nach § 935 ZPO oder nach § 940 ZPO sowohl bei Ansprüchen auf eine Einzelleistung zulässig sind, weil die Macht des Staates zur Hilfeleistung im Sicherungsprozeß nicht geringer sein kann als die Befugnis des Einzelnen zur Selbsthilfe, und weil das Gesetz selbst in den §§ 627 ZPO, 1716 BGB einstweilige Verfügungen mit Befriedigungswirkung ausdrücklich für zulässig erklärt hat. Ist das Bestehen eines Anspruchs genügend glaubhaft gemacht, und kann der Zweck der einstweiligen Verfügungen n u r durch eine Anordnung mit Befriedigungswirkung erreicht werden, so ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung e r f o r d e r l i c h. Das Gericht muß sie also erlassen. Für den Gedanken einer Interessenabwägung[431]) ist kein Raum[432]), denn er würde bedeuten, daß das Gericht aus Rücksicht

[431]) Vgl. hierzu oben § 22 S. 82; § 25 S. 88 f.; § 26 S. 89.
[432]) A. A.: Drum S. 77; JW 20, 566.

auf den Antragsgegner den Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit Befriedigungswirkung ablehnen könnte, obwohl die Voraussetzungen für den Erlaß, nämlich ein Anspruch und eine Gefahr für dessen Verwirklichung oder für die Erhaltung des Rechtsfriedens gegeben sind und die Erreichung des Zweckes der einstweiligen Verfügung nur durch den Erlaß einer Anordnung mit Befriedigungswirkung möglich wäre.

Zudem finden die Interessen des Antragsgegners auch nach der hier vertretenen Auffassung eine genügende Berücksichtigung, denn der Antragsteller trägt die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen, die den Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen, und das Gericht ist grundsätzlich frei bei der Bildung seiner Ueberzeugung, ob diese Tatsachen genügend glaubhaft gemacht sind [433]). Es kann sogar eine Glaubhaftmachung bis zur Höchstwahrscheinlichkeit verlangen [434]).

ANHANG.

§ 29.

Die einstweiligen Verfügungen des Staatsgerichtshofs.

Vor einigen Jahren [435]) hatte sich der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich verschiedentlich mit der Frage zu befassen, ob und in welchem Rahmen er zum Erlaß einstweiliger Verfügungen befugt sei.

Der Staatsgerichtshof vertrat die Auffassung, daß er zum Erlaß einstweiliger Verfügungen in den Fällen berechtigt sei, in denen die Parteien der Entscheidungsgewalt des Staatsgerichtshofs in der Weise unterworfen seien, daß der durch die Entscheidung des Staatsgerichtshofs angeordnete Zustand für die Dauer herbeigeführt werden könne [436]).

Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, da weder das Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 9. Juli 1921 (RGBl I S. 905), noch die Geschäftsordnung des Staatsgerichtshofs vom 20. September 1921 (RGBl I S. 1535) die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen ausschließt [437]).

---

[433]) Vgl. § 286 ZPO.

[434]) Vgl. zutr. Drum S. 76.

[435]) Die Abhandlung wurde im wesentlichen 1932 abgeschlossen. Die folgenden Ausführungen behalten ihren Wert, da sie sich mit den zivilprozessualen Gedanken in den Entscheidungen des Staatsgerichtshofs befassen.

[436]) Vgl. RG 111, 21* = JW 26, 376 = Lammers-Simons, Rspr. des StGH Bd. I S. 212 (Lübecker Bucht); RG 122, 17*, insbesondere S. 43* = L. S. 1, 156 ff., insbesondere S. 174 (Biersteuerstreit); vgl. auch RG 126, 4* ff.

[437]) Für Zul. der e. V. des StGH Lammers JW 26, 376 (arg. a majori ad minus); Heinzheimer JW 26, 379 (Völkerrechtliche Parallelen); Görres JW 29, 3360 ff.; Giese DJZ 1929, 32; Flad DJZ 1929, 112; Merk, Arch. f. öff. R. 19, S. 109, 111; Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit; Schüle (Das Problem der e. V. . . .); Gegen die Zulässig-

Im folgenden sind die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs nachzuprüfen, soweit sie auf zivilprozessualen Gedanken beruhen.

Sachlich hat der Staatsgerichtshof die Berechtigung zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung anerkannt in folgenden Fällen: Im Streit um die Hoheitsrechte in der Travemünder (Lübecker) Bucht [438]) ist dem Lande Mecklenburg-Schwerin durch eine einstweilige Verfügung die Ausübung der Fischereihoheit und der Schiffahrtspolizei in einem bestimmten Gebiete untersagt und die Ausübung dieser Rechte der Freien und Hansastadt Lübeck zugesprochen worden. In dem Biersteuerstreit [439]) zwischen dem Lande Preußen und dem Deutschen Reich sowie den Ländern Bayern, Württemberg, Baden ist auf Antrag des Deutschen Reichs angeordnet worden, daß das Reich bis zur Endentscheidung oder bis zum Erlaß eines mit verfassungsändernder Mehrheit angenommenen Gesetzes berechtigt sei, den Ländern Württemberg, Bayern und Baden die im Gesetze vom 9. April 1929 (RGBl I S. 94) bezeichneten Beträge weiter zu zahlen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß es sich hier um einstweilige Verfügungen handelt, die zum mindesten teilweise auf eine vorläufige Herstellung des Zustandes abzielen, der dem Recht des Antragstellers entspricht. Der Staatsgerichtshof hat damit die Zulässigkeit von Befriedigungsverfügungen mit endgültigen Wirkungen anerkannt und die Auffassung [440]) bestätigt, daß die Befriedigungsverfügungen eine vorläufige Regelung darstellen [441]).

In allen anderen Fällen hat der Staatsgerichtshof den Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgelehnt. So z. B. den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Reich die Weiterzahlung der Polizeikostenzuschüsse an ein Land aufgegeben werden sollte [442]), und ebenso den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Preußischen Staatsministerium aufgegeben werden sollte, sich aller amtlichen Kundgebungen und Anweisungen im Hinblick auf die Teilnahme der preußischen Beamten an dem Volksbegehren zum Youngplan zu enthalten [443]).

In der Begründung zu diesen Entscheidungen [444]) wird ausgeführt, daß die im Wege der einstweiligen Verfügung begehrte Regelung nur v o r l ä u f i g e r Natur sein könne: Es würde dem Antragsgegner der Versuch gestattet bleiben, im Hauptverfahren eine andere Stellungnahme des Staatsgerichtshofs herbeizuführen. Der Erlaß einer derartigen einstweiligen Verfügung wäre daher mit der Stellung des Staatsgerichtshofs unvereinbar, der stets e n d g ü l t i g Recht spreche. In den früher erlassenen einstweiligen Verfügungen sei ein vorübergehender Zustand a b s c h l i e ß e n d geregelt.

---

keit: Jahn, JW 30, 1160; Häntzschel, Arch. f. öff. R. 20, 389; Friesenhahn im Hdb DStR Bd. II S. 544 unter 2.

[438]) Vgl. RG 111, 21* = JW 26, 376 = LS 1, 212.

[439]) Vgl. RG 122, 17* ff., insbesondere 43* = LS 1, 156 (174).

[440]) Vgl. oben §§ 26, 27.

[441]) Vgl. RG 122, 44* unter 3.

[442]) Vgl. RG 129, 28* ff. insbes. S. 31*.

[443]) Vgl. RG 126, 1* ff. insbes. S. 6* ff.

[444]) Vgl. insbes. RG 126, 7*.

Diesen Erwägungen kann nicht zugestimmt werden. Zunächst ist nicht einzusehen, warum etwa in dem erörterten Biersteuerstreit [445]) dem Antragsgegner nicht der Versuch gestattet sein soll, eine andere Stellungnahme im Hauptverfahren herbeizuführen. Sodann erscheint es unbegründet, daß im Wege einer einstweiligen Verfügung eine vorläufige Regelung nicht zulässig sein soll. Die Möglichkeit einer anderweiten Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren und somit die Aufhebung des durch die einstweilige Verfügung geschaffenen Zustandes liegt gerade im Wesen der einstweiligen Verfügungen. Zudem dürfte der Staatsgerichtshof, wenn er stets endgültig Recht spräche, überhaupt keine einstweilige Verfügungen erlassen, weil diese stets eine Entscheidung über die Rechte der Parteien in Form eines Wahrscheinlichkeitsurteils enthalten [446]), wobei es den Parteien vorbehalten bleibt, eine anderweite Stellungnahme im endgültig abschließenden Verfahren herbeizuführen.

Hingegen war die Abweisung des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung in dem Streit über die Teilnahme der preußischen Beamten am Volksbegehren zum Youngplan deswegen vertretbar, weil, wie der Staatsgerichtshof ausführt [447]), die Prüfung im Verfahren über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung so eingehend hätte sein müssen und daher einen derartigen Zeitraum beansprucht hätte, daß in der gleichen Zeit auch eine Entscheidung im endgültig abschließenden Verfahren hätte herbeigeführt werden können. Für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung bestand daher kein Rechtsschutzbedürfnis. Die gleichen Erwägungen scheinen, wie aus der Bezugnahme auf die eben erörterte Entscheidung über die Teilnahme am Volksbegehren hervorgeht, auch der Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in dem Polizeikostenstreit [448]) zu Grunde gelegen zu haben.

---

[445]) Vgl. oben; RG 122, 17 * ff.
[446]) Vgl. oben S. 3 ff., insbes. S. 8.
[447]) Vgl. RG 126, 7 *.
[448]) Vgl. RG 129, 31 *.

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Thoma: Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Tübingen 1930/32.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs. Berlin 1930.

Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. Berlin 1931.

Böhme: Das Prozeßrechtsverhältnis als Rechtsgrundbegriff. Diss. Halle.

Brand: Das Beamtenrecht. Berlin 1928.

Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859.

Drum: Dürfen durch einstweilige Verfügungen Abschlagszahlungen auf eine einmalige Geldleistung angeordnet werden? Studien aus dem Gebiet der einstweiligen Verfügungen nach § 940. Diss. Heidelberg 1923 (Maschinenschrift).

Düringer-Hachenburg. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930—1934.

Ebert-Dudek-Lindemann: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Breslau 1908.

Eichhorn: Die einstweiligen Verfügungen in ihrem Verhältnis zum Arrest. Diss. Erlangen 1909.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1931 ff.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1926.

Fuchs: Einstweilige Einstellung einstweiliger Verfügungen in JW 1924, 392.

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht. Berlin 1929.

Göppert: Ist die Vorschrift in § 809 Abs. 2 auf einstweilige Verfügungen anwendbar? In Gruchots Beitr. Bd. 38 S. 838 ff.

Gimmerthal: Die einstweiligen Verfügungen des § 1716 BGB in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 111 S. 283 ff.

Güthe: Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstrekkung in Z. f. Z. P. Bd. 24 S. 346 ff.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung. Berlin 1929.

Hahn: Die ges. Materialien zur ZPO.

Hamelbeck: Die einstweiligen Verfügungen auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers in Z. f. Z. P. Bd. 55.

Hartmann: Gegenstände und Gründe der einstweiligen Verfügungen nach geltendem Prozeßrecht. Diss. Halle 1930.

Hein, Wolfgang: Duldung der Zwangsvollstreckung. Breslau 1911.

Hein, Wolfgang: Identität der Partei. Bd. I Berlin und Leipzig 1918, Bd. II Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Hein, Otto: Handbuch der Zwangsvollstreckung. Hannover 1914.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 1903—1909.

Hellwig: Klagerecht und Klagemöglichkeit. 1905.

Hellwig-Oertmann: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1919.

Heyer: Die Selbsthilfe. Arch. f. bürg. R. Bd. 19.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1916.

Jaschkowitz: Einstweilige Verfügungen und Vorbescheid bei Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten in JW 1928 S. 3209 ff.

Jellinek: Verwaltungsrecht. Berlin 1931.

Josef: Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts an das Grundbuchamt, an Registergerichte und an Notare. Berlin 1929.
Josef: Die Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitigen Einwirkungen von Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander. In Z. f. Z. P. Bd. 47 S. 262.
Kress: Darf durch einstweilige Verfügung zur Abwendung einer übermäßigen Immission eine bestimmte Maßregel angeordnet werden? In JW 1909 S. 5 ff.
Kirschbaum: Das richterliche Veräußerungsverbot. Diss. Marburg 1902.
Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses in Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 26. München 1914.
Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Lehmann: Der Prozeßvergleich in Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß. München 1911.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1901.
Marcus: Ueber einstweilige Verfügungen bei Ernennung und Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht. In Holdheim, Monatsschr. für Handelsrecht und Bankwesen 1905 S. 300.
Merkel: Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen. Halle 1880.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe Berlin und Leipzig 1888.
Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. Leipzig 1911.
Niemann: Der Einfluß des § 952 auf die Rechtsverhältnisse an einem Sparkassenbuch. Diss. Erlangen 1905.
Oertmann: Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2, ZBl. f. FGBK 1916 S. 589 ff.
Oertmann: Rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot und einstweilige Verfügung. Jn Recht 1916 S. 57 ff.
Ortmann: Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampfrecht. Diss. Köln 1930.
Petersen-Anger: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich 1901.
Petersen-Rémélé-Anger: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1906.
Peters: Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach preußischem Recht. Berlin 1884.
Pfeiffer: Wie sind die Gefahren des Arrestprozesses zu vermeiden? Berlin-Halensee 1930.
Planck-Siber: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1914 ff.
Predari: Grundbuchordnung. Berlin 1913.
Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908.
Rauprich-Pernitzsch: Die Grenzen des freien richterlichen Ermessens bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung (§ 938). Diss. Leipzig 1921 (Maschinenschr.).
Reincke-Wienstein: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1910.
Richter: Das Deutsche Schiedsgerichtsverfahren. Berlin 1927.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1931.
Roth: Ueber einstweilige Verfügungen auf Geldleistungen nach dem Deutschen Zivilprozeßrecht. Diss. Frankfurt (ohne Jahresangabe) (Maschinenschrift).
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.
Schachian: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Berlin 1910.
Schmincke: Der Innungsausschuß für Lehrlingsstreitigkeiten nach dem Arbeitsgerichtsgesetz. Jn der Zeitschrift: Das Arbeitsgericht 1927.
Schüle: Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Staatsgerichtsbarkeit. Berlin 1932.

Schulte: Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. München 1932/1933.
Schlegelberger: Kommentar zu den Gesetzen über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1927.
Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.
von Staff: Das Schiedsgerichtsverfahren nach heutigem Deutschen Recht. Berlin 1926.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1926, 1927.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1925—1929.
Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912.
Stein: Uber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, in Festgabe der Jur. Fakultät der Vereinigten Friedrichs-Universitäten Halle-Wittenberg für Hermann Fitting, Halle 1903.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1928—1929.
Steinberg: Streitfragen aus dem Gebiet der einstweiligen Verfügungen. Halle, Leipzig, Berlin 1931.
Stern: Arrest und einstweilige Verfügungen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung. Berlin 1912.
Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1910.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Berlin und Leipzig 1930.
Unger: Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Z. f. Z. P. Bd. 41.
Werner: Das Recht des Arrestes im Zivilprozeß. Erlangen 1884.
Wolff, Martin: Vergl. Enneccerus-Kipp-Wolff.
Wurzer: Der Begriff des Prozeßvergleichs. Jn Iherings Jahrbüchern Bd. 62 S. 285 ff.

Lebenslauf.

Am 26. Juli 1906 wurde ich in Dessau geboren. Meine Schulbildung empfing ich auf dem Friedrichs-Gymnasium zu Dessau. Ostern 1925 bestand ich die Reifeprüfung.

Ich entschied mich für das Studium der Rechtswissenschaft und studierte acht Semester an den Universitäten Würzburg, Innsbruck, Hamburg und Halle, davon fünf Semester an der Universität Halle.

Ich hörte in Würzburg bei den Professoren Kress, Meurer, Bulle. In Innsbruck bei den Professoren Kretzschmar, Wretschko, Kogler, Lamp, Dengel, Wolff, Ipsen, Schönegger. In Hamburg bei den Professoren Raape, Wegner, Laun, Plaut. In Halle bei den Professoren Bilfinger, Boehmer, Aubin, Joerges, Kisch, Kitzinger, Hein, Ruth, Fleischmann, Schmidt, Finger, Langheineken, Wolff.

Am 27. und 29. Juli 1929 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Naumburg. Als Referendar war ich im Anhaltischen Staatsdienst tätig. Am 15. Dezember 1933 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab. Nach einem sechswöchigem Dienst im Gemeinschaftslager für Referendare in Jüterbog legte ich am 14. März 1934 die zweite juristische Staatsprüfung in Berlin ab. Nach Ablegung der Anhaltischen Nachprüfung wurde ich zum Gerichtsassessor ernannt.

Seitdem war ich als Fakultätsassistent an der Universität Halle, im Dienst der Stadt Bernburg und im Gerichtsdienst tätig.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Professor Dr. Hein, der mich auch bei der Abfassung liebenswürdigst unterstützt und beraten hat.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen